

Iherings Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger,
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien

Dr. Otto Gierke,
Geh. Justizrath u. Professor in Berlin

Dr. E. Strohal,
Professor in Leipzig

herausgegeben

von

Dr. Ferdinand Regelsberger u. Dr. Victor Ehrenberg,
Professoren an der Universität in Göttingen.

Dreiunddreißigster Band.
Neue Folge XXI. Band.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1894.

Inhalt.

I.

Die Reallastenfrage.

Eine rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Studie
von

Dr. Ernst Freih. v. Schwind, Privatdozent in Wien.

Inhalt: I. Die Reallasten im älteren Rechte, II. in der Territorialgesetzgebung der letzten Jahrhunderte. III. Rechtstheoretische und IV. legislativ-politische Erwägungen.

Das Reallastproblem gehört ohne Zweifel zu den meiſtumſtrittenen Fragen, welche die deutſche Rechtswiſſenſchaft aufzuweiſen vermag. Seit man überhaupt begonnen, Gebilde des Rechtslebens, wie ſie bei uns erwachſen ſind, theoretiſchen Erörterungen zu unterziehen, wogt der Kampf um ihre rechtliche Natur. Bewegte er ſich zuerſt, wie alle theoretiſche Jurisprudenz jenes Zeitalters, völlig auf romaniſtiſchem Boden, ſo hat er ſpäter freiere Bahnen eingeſchlagen und iſt auf heimiſcher Erde mit gewiß nicht minderen Machtmitteln weitergeführt worden. Und jetzt, nachdem in einer kaum überſehbaren Fülle von Spezialunterſuchungen und allgemeinen Werken die hier auftauchenden Fragen von den verſchiedenſten Seiten überlegt und beſprochen worden ſind, konnte Förſter in ſeinem der Theorie und Praxis des preußiſchen Privatrechtes gewidmeten Handbuche [1]) den Abſchnitt über die Real-

1) III. 4. Auflage, S. 411.

lasten schlechthin mit der Behauptung einleiten, daß die große Kontroverse über ihre Natur „wohl unerledigt bleiben wird, bis das Rechtsinstitut selbst aus dem Gebiete des Privatrechtes verschwunden ist“.

Nicht minder diffus als die theoretischen Lehrmeinungen und die Behandlung der Reallasten in der Praxis der einzelnen Länder sind die Ansichten über die Art und Weise, wie das Problem legislativ-politisch behandelt werden soll, ob man das Rechtsinstitut als abgestorbenes Glied des älteren Rechtes für die Zukunft beseitigen soll, oder ob doch noch ein gesunder Kern in ihm enthalten ist, der es verdient, für die Zukunft bewahrt und neu belebt zu werden. Und unter denen, welche sich der letzteren Meinung anschließen, ist wieder nichts weniger als Einigkeit zu finden über die Grundsätze, welche dabei zur Anwendung kommen sollen.

So kann man von den Reallasten fast alles hören und sagen, nur das Eine wird kaum jemand behaupten, nämlich daß die Frage eine geklärte sei.

Unter diesen Umständen mag es vielleicht nicht ganz unzweckmäßig und überflüssig sein, wenn in dem Momente, in welchem der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich im Begriffe steht, dieses aus dem Mittelalter ererbte, bisher nur durch Gewohnheitsrecht und partikularistische Gesetze entstandene und weiter gebildete Rechtsinstitut das erste Mal einer reichsgesetzlichen Regelung zu unterziehen, einige der wichtigsten jener offenen Fragen einer kurzen Erörterung unterzogen werden.

In diesen Erwägungen mögen die vorliegenden Studien ihre Rechtfertigung finden. Ihre Absicht ist es nicht, erschöpfend auf alle die Fragen einzugehen, welche das vielgestaltige Reallastproblem der Rechtstheorie und der Rechtspolitik in so reicher Zahl zu lösen giebt. Ihr Ziel besteht vielmehr

vornehmlich darin, den gerade für legislativ-politische Zwecke wichtigsten Fragen etwas näher zu rücken, den Fragen, was eigentlich zu allen Zeiten der rechtliche Grundgedanke war, der das Reallastenrecht beherrschte, ihm Seele und Körper gegeben, welche wirthschaftliche Bedürfnisse es erfüllt hat und zu erfüllen berufen ist, und welche ökonomischen oder anderweitigen Verhältnisse dafür bestimmend waren, dieses eigenartige Rechtsinstitut ins Leben zu rufen und zu der Ausgestaltung zu entwickeln, die es im heutigen Rechte thatsächlich besitzt.

Mehr als abstrakte rechtstheoretische Erwägungen müssen solche Untersuchungen, welche den geschichtlichen Wandlungen folgen, aber nicht bei dem Aeußerlichen stehen bleiben, sondern überall die wirthschaftlichen und rechtlichen Fundamente klarzulegen versuchen, die Möglichkeit einer richtigen Beurtheilung der Reallastenfrage fördern, und können so als Handhabe und als Wegweiser dienen zur tieferen Ergründung der legislativpolitischen, wie der juristisch-theoretischen Probleme.

Von diesen Gesichtspunkten sind die folgenden Untersuchungen geleitet und zu diesem Zwecke bieten sie zunächst eine allgemeine Ueberſicht der dem älteren Rechte angehörigen Formen von Reallasten, wofür an der Hand der bereits durch andere gewonnenen Ergebnisse diejenigen Momente besonders hervorgehoben werden sollen, die m. E. juristisch von entscheidender Bedeutung sind [1]).

---

1) Diese Ausführungen beanspruchen nicht den Werth selbständiger Quellenforschungen, sondern fußen auf den nur zum Theile ergänzten Ergebnissen der Forschung, wie sie bisher gewonnen wurden, was damit gerechtfertigt sei, daß die für uns wichtigsten Fragen m. E. darin eine genügende Grundlage finden können, wenn auch eine völlig erschöpfende und befriedigende Darstellung für fast alle der einzelnen Rechtsinstitute bisher noch aussteht. — Bezüglich der Literatur sei gleich hier ein für allemal im Allgemeinen auf die Handbücher und die daselbst aufgeführte

Daran schließt sich dann eine Uebersicht der gesetzlichen Normirungen, welche die verschiedenen Reallasten in den wichtigsten der deutschen Territorien gefunden haben. Ihre Absicht ist, zu zeigen, welche Grundsätze in diesen Gesetzen zum Ausdrucke kamen, welche Wandlungen sich dabei vollzogen, und was wir eigentlich von dem „gemeinen Rechte" der Reallasten zu denken haben, auf das man sich so oft beruft, ohne je recht zu sagen oder auch nur zu fragen, wie es mit ihm thatsächlich beschaffen ist.

An diese beiden Abschnitte, welche die positiven Grundlagen für das weitere bieten sollen, schließt sich dann ein dritter, rechtstheoretischer und ein vierter, rechtspolitischer an.

I.

Vielleicht zu den ältesten Formen einer Belastung von Grund und Boden, die zu öffentlichen Zwecken auch in einzelnen germanischen Gebieten nachweisbar waren, gehört die Grundsteuer, die auch nach der Auflösung des römischen Weltreiches auf dem ehemaligen Provinzialboden sich durch einige Zeit erhalten hat. Nach bestimmten Grundsätzen wurde die Steuerlast auf die einzelnen Grundstücke gelegt, und jeder Besitzer, wer immer es sein mochte, hatte für die auf die einzelne Bodenfläche repartirte Summe dem Fiskus oder seinen Vertretern unbedingt aufzukommen, gleichgiltig, ob sie in der Zeit seines Besitzes oder schon unter einem Vorgänger fällig geworden [1]).

Spezialliteratur verwiesen; besondere Verweisungen finden sich nur, wo eine spezielle Veranlassung hierfür vorliegt.

1) Dies wohl die Bedeutung der oft citirten Digestenstelle: Fr. 7 pr. de public. et vectig. et comm. 39, 4: Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt: in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere.

Heimisch wurde aber diese Grundsteuer auf deutschem Boden nie, sie blieb zunächst wohl nur in Anwendung gegenüber der römischen Bevölkerung; Deutsche wurden ihr höchstens dann unterworfen, wenn sie ein von alters her Römern gehöriges und darum steuerpflichtiges Gut erwarben. Frühzeitig ist diese Besteuerung indes auch in den einstmals römischen Gebieten und in dieser Anwendung gegen Römer außer Gebrauch gekommen und gänzlich abgestorben.

Von öffentlichen Abgaben, die später auf deutschem Boden gebräuchlich wurden und als Vorläufer der nachmaligen Steuern gelten können, sind zunächst insbesondere Bede und Vogteiabgaben zu nennen, die durch Gewalt und Gewohnheitsrecht ihren ursprünglichen Charakter freiwilliger Gaben frühzeitig einbüßten [1]). Auch die ursprünglich rein persönliche Berechtigung und Verpflichtung des Kriegsdienstes und der Heeresfolge ist durch das Bindeglied der karolingischen Heeresreform Veranlassung zur Entstehung einer Grundabgabe, der Heersteuer und des Grafenschatzes geworden [2]).

Diese und andere analoge Abgaben und Belastungen des Grund und Bodens finden, wenn auch im Laufe der Zeiten manche von ihnen in private Hände übergegangen sind, ihre rechtliche Grundlage unzweifelhaft im öffentlichen Rechte, und da die öffentliche Gewalt, deren Ausfluß und Folge sie sind, ebenso den Grund und Boden, wie die darauf wohnenden Leute erfaßte, so kann es nicht Befremden erregen, wenn in vielen der genannten Fälle die Verpflichtung den Einzelnen nicht unmittelbar, sondern durch Vermittelung des Grundbe-

---

1) Vergl. insb. Zeumer, die Deutschen Städtesteuern in Schmollers Forschungen I. 2.; auch Christ. Eigenbrodt, Ueber die rechtliche Natur der Bedeabgaben, Gießen 1826, S. 28 f.

2) Vergl. Brunner, D.R.G. 2, 205 ff., Schröder, D.R.G. S. 483 und die dort angegebene Literatur.

sitzes in der Weise auferlegt wurde, daß jeder als Besitzer bestimmter Grundstücke zu denjenigen Leistungen verhalten wurde, welche die öffentliche Gewalt eben in dieser Form für sich in Anspruch nahm.

Das Gleiche gilt selbstverständlich und zwar noch in erhöhtem Maße von den späteren Realsteuern, welche etwa seit dem 13. Jahrhundert herauf bis in unsere Tage in immer reicherer Zahl und vollendeterer Form entstanden sind. Schon in älterer Zeit begegnen wir neben persönlichen Steuern solchen, die von jedem Hause und jedem Hofe, jeder Hufe, jedem Lehen, jedem Pfluge, jeder Mühle, jeder Feuerstätte 2c. bezahlt werden sollten, wobei dann keine Rücksicht darauf genommen wurde, wer gerade Besitzer des steuerpflichtigen Objektes war [1]). Die Reception des römischen Rechtes hat, wie im 2. Abschnitte noch erwähnt werden wird, die Privilegien, welche das römische Recht allen fiskalischen Forderungen und speziell den Steuern einräumte, auch auf deutschem Boden und speziell auch für die Grundsteuer zur Anwendung gebracht, woraus eine Haftung des Gutes für die Steuerschulden desselben sich von selbst ergab. Und im Einklange damit stehen auch die Bestimmungen der modernen Partikularrechte, welche die Grundsteuerschulden einerseits als eine persönliche Schuld des Grundbesitzers, unter dem und gegen den sie fällig geworden sind, erscheinen lassen, und andererseits auf Grund eines privilegirten Legalpfandrechtes am Gute auch jeden Nachfolger unter gewissen zeitlichen Beschränkungen mit dem Gute für Rückstände als haftbar erklären. Die öffentliche Qualität all dieser Rechte kann für unsere Zeit noch weniger als für das ältere Recht in Frage gezogen werden.

1) Urkundliche Beispiele hierfür bei Zenmer a. a. O. S. 16 f., und bei Hofmann, Gesch. der direkten Steuern in Bayern vom Ende des 13. bis zum Beginne des 19. Jahrh. in Schmollers Forschungen IV, 5, S. 18, 26 u. a.

Ein ganz ähnliches Schicksal und eine ganz analoge rechtliche Behandlung wurde zu den verschiedenen Zeiten auch den Leistungen zu Theil, welche territoriale Mächte, Städte, Gemeinden und andere öffentliche Körperschaften zur Bestreitung ihrer eigenen Auslagen oder zur Erfüllung ihres wirthschaftlichen Zweckes von ihren Mitgliedern unter Umständen verlangen mochten [1]).

Eine besonders enge Verbindung dieser Leistungspflichten mit dem Grund und Boden, der freilich in der Regel auch Grundlage der Mitgliedschaft war, finden wir in den sogenannten Deichverbänden, wo die Verpflichtung zur Herstellung und Erhaltung der Dämme und sonstigen Deichanlagen bez. zur quotenweisen Tragung der Kosten als eine unablösliche Last auf die einzelnen Grundstücke gelegt war. Sichern einzelne Deichordnungen namentlich der neueren Zeit, in welcher die Sorge für Deichangelegenheiten meist in den Kreis der staatlichen Aufgaben übernommen wurde, für die Erfüllung dieser Deichlasten nur eine besonders privilegirte Exekution, so war früher die Unterlassung solcher Gemeindepflichten vielfach unmittelbar mit dem Verluste des deichpflichtigen Grundstückes bedroht [2]), wobei nach manchen Statuten jedem das Recht eingeräumt war, gegen Uebernahme aller Deichlasten das verfallene Grundstück zu occupiren. Die Nothwendigkeit der promptesten Ausführung aller durch die Deichverhältnisse gebotenen Vorkehrungen hat solche strenge Haftung, sowie die unter diesen Umständen selbstverständliche Bestimmung verursacht, daß auch Nichteigenthümer, wie etwa Pächter oder Nutznießer zur Erfüllung der Deichpflichten zunächst unbedingt ver-

1) Ueber solche Gemeindeabgaben, die mit Grund und Boden in Verbindung gebracht wurden, vergl. z. B. die Belegstellen bei Dunker, Lehre v. d. Reallasten § 41.

2) z. B. Sachsenspiegel, II, 56, § 1.

halten sind, wobei dann das konkrete Rechtsverhältniß zwischen ihnen und dem Eigenthümer über das Vorhandensein oder Fehlen eventueller Ersatzansprüche entscheidend war [1]).

Für die Dokumentirung des oben als Strafsanktion erwähnten Rechtsverlustes hatte sich meist die Form eingebürgert, daß in den Grund des säumigen Deichgenossen ein Spaten gesteckt und so die Durchführung der Exekution jedermann bekannt gegeben wurde. Die gleiche Form fand auch vielfach Anwendung, wenn einzelne Angehörige solcher Deichverbände, die sich außer Stande fühlten, die Deichlasten zu tragen, ihr Grundstück derelinquirten und der allgemeinen Occupationsbefugniß preisgaben. Das Ritual, das für solche Fälle auf ziemlich frühe Zeiten zurück nachweisbar ist, zeigt indes, daß ein solcher Austritt aus dem Verbande nicht schlechthin durch das Preisgeben des im Deichbezirke liegenden Gutes zu erreichen war. Vielmehr enthalten schon alte Deichordnungen unzweideutig den Gedanken einer möglichst engen Verknüpfung der Einzelperson mit der Gesammtheit und einer Ausdehnung der Haftpflicht für die aus dem Gemeindeverbande entspringenden Verpflichtungen auf das gesammte Vermögen der Genossen. Oft giebt nur der feierlich zu leistende Eid, daß er kein Vermögen besitze, dem Einzelnen das Recht, sein Gut zu verlassen und sich so der Deichpflicht zu entziehen, eine Bestimmung, die wir ebenso in den älteren wie in neueren Deichordnungen wiederfinden [2]).

---

1) In vielen Beziehungen fand auch die der Deichlast verwandte Siellast eine analog rechtliche Behandlung.

2) Vergl. Wilda in Weisle's Rechtslexikon 3, 288 f., insb. Anm. 41. — Das Deichrecht für das Salland von 1582 bei Pufendorf, Observ. juris, Hannover 1770, IV, Obs. CLXI § 7 und App. Nr. XVII, das in seinem ersten auf Bischof Guido und das Jahr 1808 zurückverweisenden Theile, insbes. § 20, 21, die strengste persönliche Haftung in der im Texte angegebenen Weise normirte.

In neuerer Zeit sind diese Deichgenossenschaften und Verbände meist einer staatlichen Reorganisation unterworfen und damit ihres alten singulären Charakters entkleidet worden, was für die zu solch speziellen Zwecken geforderten Leistungen und Abgaben eine Annäherung oder Gleichstellung mit den gewöhnlichen staatlichen oder Gemeindeabgaben und die Beseitigung ihrer ehemaligen rechtlichen Eigenart zur Folge hatte.

Eine andere Form der Besteuerung und Belastung von Grund und Boden, die von früher Zeit bis in unsere Tage insbesondere zu Gunsten der Kirche in Gebrauch stand, ist der Zehent, der, insoweit er vom Ertrage des liegenden Gutes verlangt wurde, so recht eigentlich als Last des Grundbesitzes erscheint. Frühzeitig schon als freiwillige Gabe, welche die Gläubigen den Dienern Gottes gerne gönnten, vielfach im Gebrauche, hat die Kirche mit dem Ermatten eines thätigen Glaubenseifers die Zehentleistung immer mehr als Pflicht ihren Angehörigen ans Herz gelegt und seit dem zweiten Konzil von Macon [1]) unter Androhung des Kirchenbannes allgemein eingeschärft. Dabei waren und blieben die Androhung und Verhängung kirchlicher Strafen, die Einwirkung auf Gewissen und Gemüth durch öffentliche Aufforderung und geheimen Zuspruch im Beichtstuhl allzeit die Mittel, durch welche die Kirche die Erfüllung der Zehentpflicht bei dem Einzelnen erzwang, auf den im Gegensatze zur allgemeinen Strömung jener Zeit die Autorität des kirchlichen Gebotes allein noch nicht genügend zwingende Kraft ausgeübt hat.

Aber auch von staatlicher Seite fanden diese kirchlichen Ansprüche Unterstützung. Konsequent vom Standpunkte der damaligen Auffassung über das Zusammenwirken von Kirche und Staat sind die Bestimmungen der Kapitularien, welche

1) MG. LL. III, 1, 167.

die Bischöfe mit der Sorge für die Einbringung der kirchlichen Zehenten besonders betrauten und der Kirche auch weltliche Machtmittel zur Erzwingung der Zehentpflicht bereitwilligst zur Verfügung stellten [1]).

Ueber die Ausdehnung, welche den kirchlichen Zehentansprüchen zu gönnen sei, sind freilich vielfach die kirchliche und weltliche Macht nicht gleicher Meinung gewesen. Im Ganzen aber ist das Institut des kirchlichen Zehents auch über die Stürme der Reformation und ohne Anfechtung in der Zeit der Bauernkriege unter allgemeiner Anerkennung bis an die Schwelle unserer modernsten Zeit erhalten geblieben, bis zuerst die französische Revolution und dann die Gesetzgebungen unseres Jahrhunderts es größtentheils aus der Welt geschafft haben.

Soweit und solange der kirchliche Zehent aber rechtlich anerkannt war, erfreute er sich, wie unten noch näher auszuführen sein wird, im allgemeinen der Begünstigungen öffentlicher Abgaben, wozu er vorbehaltlos gerechnet wurde. —

Eine weitere sehr bedeutsame Gruppe von realen Belastungen steht mit den Landleihen in Zusammenhang, die bekanntlich in den verschiedensten Formen gebräuchlich, dem mittelalterlichen Immobiliarrechte seinen eigenartigen Charakter aufgeprägt haben. Die älteren Formen der benefiziarischen und prekarischen freien Leihe kommen jedoch für die Reallastenfrage kaum in Betracht. Denn wenn auch an den Empfang von solchen Benefizien häufig die Verpflichtung zu Leistungen aller Art geknüpft war, so trug das ganze Verhältniß doch so sehr einen persönlichen Charakter, daß die Leistungspflichten nicht einfach als Folge des Besitzes des Benefizialgutes, sondern als Ausfluß des Prekareivertrages erschien, der sie in der Person

1) Herzog's Realencycl. XVIII (1. Auflage).

des einzelnen Empfängers individuell begründet hatte. Nur insofern trat die dem ganzen Leiherechte eigene enge Verbindung des Gutes und eventueller Zinspflichten zu Tage, als deren Vernachlässigung zum Verluste des prekarischen Rechtes führte [1]) und als unter Umständen von demselben Gute regelmäßig die gleichen Leistungen verlangt wurden.

Das Gleiche gilt wohl auch von dem Lehenrechte. In diesem bot die benefiziarische Leihe und was spätere Zeiten aus ihr machten, stets die sachliche Grundlage, der gegenüber aber das persönliche Verhältniß zwischen Verleihendem und Empfangendem, zwischen Herrn und Vasallen dem Ganzen auf alle Zeiten seinen geistigen und ethischen Gehalt gegeben hat. Namentlich für alle Verpflichtungen, die freilich meist ritterlicher Art, nur in seltenen Fällen gewöhnliche Zinsleistungen [2]) waren, spielte dieses persönliche Verhältniß selbst dann noch die entscheidende Rolle, als der Brauch sich einbürgerte, an bestimmte Güter bestimmte Lehenpflichten zu binden, und als die Lehen, was sie ja ursprünglich nicht waren, erblich und selbst frei übertragbar wurden. Denn auch dann war für den einzelnen Lehensträger nicht schlechthin sein Besitz und der Umstand, daß irgend welche Ahnen jene Lehenspflichten auf das Gut gelegt haben, sondern sein persönlicher Eintritt in das Lehenverhältniß der rechtliche Grund für seine Verpflichtungen. Die Investitur oder ein neben ihr hergehender Belehnungsvertrag begründete in der Person des einzelnen Vasallen die verschiedenen Lehenspflichten [3]), wobei dann frei-

1) Vergl. den oft genannten Satz des Kapitularienrechtes, der zunächst für kirchliche Benefizien galt: qui neglegit censum, perdat agrum. 846 MG. LL. I, 392, c. 63.

2) Dagegen kommen als unmittelbar vermögensrechtliche Leistungen häufiger die Lehnswaare und die Heersteuer (Homeyer, System des Lehenrechtes S. 381) in Betracht.

3) Vergl. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, 2, 154 ff.

lich in demselben Maße, als sich die Verbindung bestimmter Verpflichtungen mit einzelnen Lehensgütern gewohnheitsrechtlich wie etwas Selbstverständliches einbürgerte, die besondere Betonung derselben bei dem einzelnen Belehnungsakte außer Gebrauch kommen mochte.

All dem bisher Besprochenen gegenüber erscheint als die eigentliche Domäne, auf welcher das Zins- und Abgabenwesen, wie Leistungspflichten aller Art, als persönliche wie als reale Lasten bis heran an unsere Tage so recht heimisch waren, die Grundherrschaft nebst allem, was sie im Laufe der Zeiten in ihren Machtkreis gezogen.

Es ist bekannt, daß die Grundherrschaft ihren Charakter als solche gerade dadurch gewann, daß sie einerseits den Umfang ihrer Gewalt über die ihr ursprünglich unterworfene unfreie Bevölkerung hinaus auf andere Volkselemente ausdehnte, und daß sie andererseits immer mehr Bestandtheile der öffentlichen Gewalt sich anzueignen wußte. Der Mannigfaltigkeit der Elemente, über welche sie ihre Herrschaft übte, sowie der Verschiedenheit der rechtlichen Grundlagen, auf welchen diese Herrschaft fußte, entspricht auch die große Zahl und Vielgestaltung all der Leistungen und Abgaben, die sie von ihren Untergebenen so reichlich verlangte.

So finden wir im Rahmen der Grundherrschaften neben persönlichen Dienstleistungen aller Art, Frohnden, Naturalabgaben und Zinsungen, die regelmäßig oder zu bestimmten Anlässen eingehoben wurden, auch manche Leistungen ursprünglich öffentlicher Art, wie Vogtei- und Schutzzinsen, Zehentrechte u. a. m., die alle die Grundherrschaft sich einzuordnen gewußt hat; und ihr als Herrschaft standen auch die Mittel zu Gebote, widerstrebende Elemente zur Erfüllung der verlangten Leistungen zu verhalten [1]).

1) Vergl. z. B. v. Meibom, Das deutsche Pfandrecht S. 178 ff. und die daselbst citirten Quellenbelege.

Die Ansprüche, welche die Herrschaft gegenüber den ihr unterstehenden Personen geltend machte, waren anfänglich wohl meist rein persönlicher Art. In demselben Maße, in welchem die persönlichen Statusverhältnisse gegenüber dem Erstarken der Grundherrschaft einer nivellirenden Tendenz zum Opfer fielen, konnte entsprechend den Wirthschaftsformen der damaligen Zeit in immer weiterem Umfange eine Verbindung dieser Leistungspflichten mit einzelnen Grundstücken sich einbürgern [1]). Es lag hier ähnlich, wie es oben von den staatlichen Steuern hervorgehoben wurde, indem auch hier die Grundherrschaft sich über Land und Leute erstreckte und sie so freie Wahl hatte, ob sie die geforderten Leistungen persönlich oder vom Grund und Boden in Anspruch nehmen wollte; und dem konservativen Charakter einer Periode, die vornehmlich auf Naturalwirthschaft aufgebaut war, entsprach die Tendenz der Radizirung auf Grund und Boden.

Von den verschiedenen, wie schon mehrmals erwähnt, sehr mannigfaltigen Grundlasten, die auf diese Weise im Rahmen des herrschaftlichen Verbandes begründet wurden, ist eine Gruppe die der diversen persönlichen Dienstleistungen, wie Frohnden, Roboth, Scharwerke u. dergl., die in reicher Zahl das ganze Mittelalter hindurch bis in unser Jahrhundert bestanden, und im wirthschaftlichen Betriebe der grundherrschaftlichen und patrimonialen Domänen ihre hervorragende Rolle gespielt haben. Auch sie waren oft an den Besitz bestimmter Güter geknüpft, oft waren sie freilich auch allgemein allen Gutsunterthanen auferlegt. Die Fälle der ersten Art gehören den älteren Reallasten zu; sie bildeten bis zu ihrer Aufhebung in unserem Jahrhunderte jedenfalls eine

1) Als Zeugniß für den Umfang, den dieser Radizirungsprozeß gewann, vergl. den ständigen Brauch der mittelalterlichen Urkundensprache, die einzelnen Grundstücke schlechthin nach ihren Leistungen zu bezeichnen.

der wichtigsten und der Zahl nach bedeutendsten Gruppe derselben. Daß sie, solange sie überhaupt bestanden, nicht rein privatrechtlicher Natur waren, sondern sich als Ausfluß einer herrschaftlichen Gewalt darstellen, ist kennzeichnend und erklärend zugleich für ihre rechtliche Eigenart.

Die zweite nicht minder bedeutende Gruppe ist die der Zinsleistungen des Leiherechtes, das bekanntlich in seiner Anwendung, insbesondere auf den bäuerlichen Betrieb, der Wirthschaftsordnung des mittelalterlichen Grundbesitzes ihren eigenartigen Charakter gab. Alle die verschiedenen gutsherrlich bäuerlichen Boden- oder Erbzinse sind rechtlich wie wirthschaftlich dem Gedanken einer dauernden Gegenleistung für dauernd gewährte Bodennutzungen entsprungen. Immer, auch wenn es sich nur um Rekognitionsabgaben handelte, war es eine Leistung von und für ein Gut, das im Eigenthume oder einer analogen Herrschaftsgewalt des Zinsberechtigten stand. Daß jeder, der durch Erbgang oder vertragsmäßigen Erwerb in den Besitz eines solchen Gutes gelangte, auch die damit verbundenen Zinsen und Lasten übernehmen mußte, kann wohl kein Befremden erregen. Wenn durch statutarische Festsetzung seitens der Grundobrigkeit oder gewohnheitsrechtlich für ganze Gruppen von Gütern, die zu einem bestimmten Hofe gehörten [1]), Umfang und Art der Leistungspflicht feststand, war es selbstverständlich, daß jeder, der in einen solchen Gutsverband eintreten wollte, sich der dort maßgebenden rechtlichen Ordnung fügen mußte. Ueberdies erfolgte der Eintritt eines neuen Besitzers in der Regel nicht formlos, sondern durch Einweisung seitens des Grundherrn, also durch einen Rechtsakt, dem wenigstens ursprünglich die Bedeutung einer Neukonstituirung des Leihe-

1) Vergl. v. Amira, Recht S. 158 (in Paul's Grundriß der Germanischen Philologie, II, 2).

verhältnisses mit seinen Rechten und Pflichten in der Person des neuen Erwerbers zukam. Soweit es sich übrigens lediglich um Nachfolge durch Erbrecht handelte, war diese Investitur minder wichtig; hier sank sie auch bald zur Formalität herab und kam als solche auch ganz außer Gebrauch [1]). Dagegen spielte sie eine bedeutsamere Rolle, als das spätere Recht Besitzwechsel auf Grund einer vertragsmäßigen Gutsveräußerung wenigstens in gewissem Umfange zuließ. Gerade auf dem Gebiete des gebundenen Leiherechtes blieb hier die Mitwirkung des Gutsherrn bez. sein Konsens mehr als eine Formalität, es war ein Rechtsakt, der geeignet erschien, einen persönlichen Kontakt zwischen Gutsherrn und Bauern namentlich in dem wichtigen Momente herzustellen, wo der Uebergang des Hofbesitzes an eine neue bäuerliche Familie die Gefahr einer Lockerung der Beziehungen in sich schloß.

Auch allgemein leiherechtliche Grundgedanken, die dann auf dem Gebiete des freien Leiherechtes zu vorzüglicher Entfaltung kamen, ihre Wurzeln aber weit zurücksenken, haben mitgewirkt, auf die einfachste Weise der Zinspflicht Wirksamkeit gegen Jedermann zu sichern, so insbesondere der gar weit verbreitete Rechtsgebrauch, daß die Fortdauer des Besitzes schlechthin abhängig gemacht wurde von der Erfüllung der Zinspflicht und daß umgekehrt Zinssäumniß oder Zinsverweigerung den Gutsherrn zur Einziehung des Zinsgutes berechtigten. Freilich allgemeine Geltung für alle Formen des Güterleiherechtes kam diesem Rechtssatze nicht zu. Wo er aber anerkannt war, ist die absolute Wirkung der Zinspflicht, bez. des in Aussicht stehenden, als Säumnißstrafe angedrohten Rechtsnachtheiles für jeden Erwerber des Gutes eine selbstverständliche Folge [2]).

---

1) Vergl. z. B. Gobbers, Erbleihe und Rentenkauf. Z. d. Savignystiftung, 4, 152 ff.

2) Die nähere Ausführung hiezu s. unten.

Zum Theile etwas anders als in den Stammlanden waren die bäuerlichen Zinsverhältnisse in den Gebieten geregelt, die durch systematische Kolonisationsarbeit der Wildniß des Ostens und bösen Feinden erst abgerungen werden mußten [1]). Persönliche Freiheit, Wahrung des eigenen Rechtes, ein rechtlich gesicherter Besitz und geringe Belastung mit Abgaben waren meist die Zusicherungen, die nothwendig waren, um Kolonisten für die harte Kulturarbeit zu gewinnen. Die Lasten, die sie dabei mit in den Kauf nehmen mußten, bestanden meist in Zehentleistungen an die Kirche und einem Zinse von ihren Hufen, der sehr niedrig bemessen, oft geradezu als Rekognitionszins bezeichnet wurde; daneben finden sich noch andere Leistungen, wie sie das wirthschaftliche und militärische Bedürfnis der Kolonisationsgebiete erheischte [2]). Art und Umfang dieser Pflichten und speziell der Zinspflicht waren meist in dem Gründungsprivileg für die einzelne Dorfschaft ein für allemal einheitlich bestimmt, durch die landesherrliche oder eine andere obrigkeitliche Gewalt als Ortsrecht statuirt und damit selbstverständlich für alle verpflichtend, die des Dorfrechtes früher oder später einmal theilhaftig werden wollten, früher oder später eine Kolonistenhufe dort erwarben [3]). Mit dem Umfange der Zinspflicht war auch die rechtliche Art derselben allgemein geregelt. Verlust des Kolonistengutes war gewöhnlich nicht als Strafe oder Rechtsfolge der Zinsſäumniß angedroht, wohl aber mitunter andere Nachtheile, wie mit der Zeit anwachsende Geldbußen oder Pfändung [4]) seitens des Zinsherrn.

---

1) Literatur bei Schröder, D.R.G. § 41 Anm. 1.

2) Vergl. neuestens v. Brünneck, Zur Gesch. d. Grundeigenthums in Ost- und Westpreußen, 1891.

3) Vergl. meine Zusammenstellung solcher Gründungsprivilegien in Gierke's Untersuchungen, 35, S. 125 ff.

4) Vergl. z. B. v. Brünneck a. a. O. S. 19 f.

Auch sonst war die Stellung der Kolonisten eine begünstigte; insbesondere stand den Besitzern meist eine unbeschränkte Veräußerungsbefugniß zu, nur wo besondere Rücksichten es erheischten, wie z. B. bei den kölmischen Gütern, war dem Gutsherrn ein Konsensrecht oder ein noch weiter gehender Einfluß vorbehalten. Darüber hinaus bestand in älterer Zeit ein herrschaftlicher Einfluß nicht. Die späteren Jahrhunderte haben indes die von Anfang bestehenden Keime herrschaftlichen Rechtes zu größerer Entfaltung gebracht, die einstige Freiheit des Kolonistenrechtes im Sinne einer grundherrlichen Entwickelung geschmälert und auch auf diesem Boden Rechtsbildungen gezeitigt, die den anderwärts bestehenden Grundherrschaften im Wesentlichen verwandt waren, was natürlich auch für die dort vorkommenden Zinsungen und Lasten von Einfluß wurde.

Hier wie in den anderen gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnissen lassen sich diese „Reallasten" selbst, sowie ihre Wirksamkeit gegen jeden Besitzer nach den für die einzelnen Gruppen gegebenen Ausführungen wirthschaftlich wie rechtlich begreifen, ohne im Geringsten etwas Anomales in sich zu tragen. —

Zu freieren Ergebnissen von hervorragender Eigenart ist die Rechtsentwickelung auf dem Gebiete des Leiherechtes gelangt, das sich von gutsherrlicher Gebundenheit frei zu machen oder frei zu erhalten gewußt hat [1]).

Bekanntlich sind nämlich neben den gebundenen Leihen, wie sie eben charakterisirt wurden, und zum Theile [2]) aus ihnen heraus etwa seit dem 12. und 13. Jahrhunderte auch sogenannte freie Erbleihen zur Entstehung gelangt, die mit

1) Vergl. Arnold, Zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten; Rosenthal, Erbleihe und Rentenkauf in Wirzburg; Gobbers' oben citirte Abhandlung und meine Studien „zur Entstehungsgeschichte der freien Erbleihen", Gierke's Untersuchungen, 35 (1891).

2) So z. B. mit besonderer Deutlichkeit in den Rheinlanden.

jenen natürlich viel gemein hatten, sich aber von ihnen durch ihren rein privatrechtlichen Charakter sowie dadurch unterschieden, daß sie von allen herrschaftlichen und hoheitlichen Fermenten völlig frei waren. So wie bei den Erbleihen des Hofrechtes, handelte es sich auch hier um die Verleihung von Grund und Boden (in den Städten namentlich von Bauplätzen), welche gegen Zusicherung eines einheitlich festgesetzten Zinses erblich dem Empfänger und seinen Nachkommen vom Eigenthümer überlassen wurden. Auch hier ist später zu dem Rechte der Vererbung eine mehr oder minder beschränkte Veräußerungsbefugniß hinzugetreten [1]), der gegenüber der rechtliche Einfluß des Eigenthümers ähnliche Wandlungen, wie sie oben (S. 15) für das Hofrecht geschildert wurden, durchgemacht hat, um endlich hier noch mehr als dort zu völliger Bedeutungslosigkeit herabzusinken.

Ehe auf die juristische Analyse des freien Erbleiherechtes näher eingegangen werden soll, sei hier noch desjenigen Rechtsinstitutes gedacht, welches als dessen Fortbildung und freiere Ausgestaltung erscheint und dessen rechtliche Elemente mit geringen Veränderungen in sich aufgenommen hat — nämlich des Rentenrechtes.

Die Thatsache des geschichtlichen Zusammenhanges zwischen Rentenrecht und Leiherecht gilt seit Arnold's Forschungen [2]) als ein für die Wissenschaft gesichertes Ergebniß. Das historische Bindeglied ist abgesehen von den auf Grundbesitz gelegten Zinsen für geistliche Zwecke, wie Jahrtagstiftungen u. dergl. [3]), in solchen Anwendungsfällen der Erbleihe zu

1) Vergl. z. B. f. Köln Gobbers a. a. O. S. 205 ff.

2) Vergl. die Literaturangabe oben S. 17 Anm. 1.

3) Ueber die Bedeutung, welche diesen kirchlichen Zinsungen, in denen der Zweck wie im Rentenrechte die jährliche Zahlung, nicht die Gutsleihe war, die letztere nur die rechtliche Form hergab, in der dieser Zweck zu erreichen war, für den Uebergang von Leiherecht zu Rentenrecht zukam, vergl. die trefflichen Ausführungen von Arnold a. a. O. S. 94 ff.

suchen, wo dieselbe in den Dienst einer rentablen Kapitalsanlage gezogen wurde. Die rechtliche Form hierfür war zunächst die, daß ein Kapitalist, der statt des Geldes und für dasselbe ein regelmäßiges Einkommen gewinnen wollte, von einem geldbedürftigen Grundbesitzer sich ein Gut erkaufte, aber nicht in der Absicht, es selbst zu bewirthschaften, sondern um es leiherechtlich wieder weiter zu vergeben und so einen gleichbleibenden Zins sich mühelos zu sichern. Und was hinderte ihn dabei, das so zu Eigenthum erworbene Gut dem früheren Besitzer zurückzuverleihen, der sich durch diese Kombination von Geschäften auch fernerhin im Besitze seines Gutes erhalten und gegen Uebernahme jener Zinspflicht das Kapital erwerben konnte, dessen er bedurfte?

In dem Maße, als in solchen Rechtsgeschäften der Werth, den man dem Eigenthume als solchem beilegte, gegenüber den kapitalistischen Momenten zurücktrat, ist an die Stelle dieses komplizirten Verfahrens das einfachere des Rentenkaufes getreten, bei welchem der Eigenthümer eines Gutes nicht mehr für das Kapital das Eigenthum preisgab, um das Gut dann gegen Leihezins zurückzuerhalten, sondern sein Eigenthum behielt und nur die Rente aus dem wirthschaftlichen Ertrage des Gutes heraus dem Kapitalsgeber „verkaufte". —

Ueber die rechtliche Ordnung im Einzelnen seien folgende Bemerkungen gestattet. Solange das Erbleiherecht nicht mehr war, als sein Name ausdrückt, ein Recht, das erblich einer bestimmten Familie zugehörte, nicht bestimmt für den auswärtigen Verkehr, hat der Leihevertrag die Zinspflicht für den Empfänger wie für seine Nachfolger als Erben begründet. Und mit der Zinspflicht waren in solchen Verträgen nach den Bedürfnissen des einzelnen Falles auch weitere Vereinbarungen, wie Säumnißstrafen und besondere Kautelen zur Sicherung der Vertragsbestimmungen festgesetzt. Sie haben mitunter eine sehr strenge

persönliche Haftung des Besitzers für die Zinsschuld im Gefolge gehabt. Daneben hat aber der Gedanke einer sachlichen Haftung des Gutes in der Form sich Geltung verschafft oder von allem Anfange an behauptet, daß der Gutsherr die Nichterfüllung der leiherechtlichen Bedingungen, namentlich der Zinslast, mit der Einziehung des Gutes beantworten konnte [1]). Danach erschien die Zinsleistung als die Bedingung, von deren Erfüllung der Fortbestand des Leiheverhältnisses abhängig war, und umgekehrt war die Gutseinziehung Folge der Deficienz dieser Bedingung. Schon auf dem Gebiete des Leiherechtes hat meiner Ueberzeugung nach dieser Grundsatz in weitem Umfange [2]) geradezu ausschlaggebende Bedeutung gewonnen, indem auch dort schon das Recht der Gutseinziehung das wichtigste oder auch das einzige wirkliche Exekutionsmittel war, das dem Gläubiger zur Erlangung seiner Befriedigung zur Verfügung stand. Gutsverlust war bei einer solchen rechtlichen Ordnung die einzige, freilich recht harte Folge, welche der Zinsschuldner durch fortgesetzte Säumigkeit auf sich beschwören konnte.

Für das Rentenrecht namentlich der früheren Jahrhunderte ist dieses Prinzip einer Haftung, die auf das belastete Gut eingeschränkt war, nach der heute ungetheilt anerkannten Lehre unzweifelhaft die allgemeine Regel gewesen. Nur die Mobilien oder speziell die auf dem Gute befindlichen Mobilien sind daneben in den Kreis der Haftung einbezogen worden [3]).

---

1) Vergl. denselben Grundsatz für das ältere Benefizialrecht oben S. 11 Anm. 1.

2) Vergl. für die Rheingegenden meine zum Theile speziell gegen Gobbers gerichteten Ausführungen in Gierke's Untersuchungen, 35 S. 51—62.

3) Vergl. u. a. Stobbe, Zur Geschichte und Theorie der Reallasten, Z. f. deutsches Recht 19 (1859) S. 200 ff.; Pauli, Abhandlungen aus dem lübischen Rechte 4 S. 59 f., insbes. die daselbst u. a.

Die Bestimmungen über das Exekutionsverfahren wegen Zins- und Rentenrückständen gewährten dem Gläubiger häufig unmittelbar, d. h. ohne Hinweis auf eine Pfändung auf dem Gute, in anderen Fällen mittelbar, indem sie eine solche voraussetzen, das Recht der Gutseinziehung, ohne ihm weitere Exekutionsmittel in die Hand zu geben [1]). Auch im Rentenrechte war, wie es oben für das Leiherecht hervorgehoben wurde, die Rentenzahlung die Bedingung für den ungestörten Besitz des belasteten Gutes, die Unterwindung die Folge des Ausbleibens dieser Bedingung. Kam es hierzu, so fiel das Gut schlechthin und vorbehaltslos dem Gläubiger zu, der nun das ganze Erträgniß des Gutes genießen konnte. Dafür erlosch selbstverständlich (durch confusio) die Renten- oder Zinslast, aber auch, wenigstens ursprünglich, jeder weitere Anspruch des früheren Gutsbesitzers auf einen eventuellen Mehrwerth des Gutes über

---

citirte Stelle des Lübecker Rechtes: degene de den thins hevet, de scal sic dar an holden dar he den thins inne hevet, unde ne mach anders uppe nemande umme de sake vorderinge hebben mer darup, dar he den thins inne hevet (A.L.R. II., 235); v. Wyß, Die Gült und der Schuldbrief nach Züricherischem Rechte in der Z. f. schweizerisches R. 9 S. 21 ff.; Dunker, Lehre v. d. Reallasten (1837) § 16; Albrecht, in der Recension dieses Buches in den Kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft, 1839, S. 313; Wächter, Würtemb. Privatrecht I, 1 S. 639; Hensler, Institutionen des deutschen Privatrechts 1 S. 348; v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht 1 S. 669 u. a.; Eugen Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes 4 S. 772 ff. und die bei allen diesen angeführten Quellenbelege. Bezeichnend für die enge wirthschaftliche Rückbeziehung von Rente und Fruchtertrag sind die von Wyß, Z. f. schweiz. R. 7 S. 78 ff. angeführten Landrechte von Schweizer Gebirgskantonen aus etwas späterer Zeit, welche für Zinsrückstände gerade die Früchte besonders verhaftet erklärten.

1) Vergl. von der oben S. 20 Anm. 3 angegebenen Literatur und den durch diese berufenen Quellenstellen z. B. das Goslarer Statut mit der Bestimmung, daß nach der Unterwindung (seder der tiet) ne heft jene dar nicht mer an, des das hus ghewesen hadde. Stobbe a. a. O. S. 202, Anm. 30.

die Rente. An eine Berücksichtigung der Hyperocha dachte man hier ebensowenig wie im Satzungsrechte.

Diese starke Betonung der sachlichen Haftung — und in gewissem Sinne war es ja auch eine sachliche Haftung, wenn die auf dem Gute befindlichen Mobilien mit in den Haftkreis einbezogen wurden — hat als nothwendige Begleiterscheinung ein eben solches Zurücktreten der persönlichen Momente, bez. eine Einschränkung der persönlichen Haftung auf den angegebenen eng begrenzten Vermögenskreis aufzuweisen gehabt. Wo das Prinzip realer Haftung, bez. die Einschränkung der Haftung auf das belastete Gut zum alleinherrschenden geworden ist, und demgemäß dem Renten anspruch des Gläubigers, bez. der Renten schuld des Besitzers keine das übrige Vermögen desselben erfassende Haftung auf seiner Seite entsprach [1]), war es eine selbstverständliche Folge, daß kein Besitzer über den Werth der verhafteten Güter in Anspruch genommen werden [2]) und jeder durch Preisgabe [3]) des Gutes sich aller weiteren Haftung, auch für bereits verfallene Zinsen dem Zinsgläubiger gegenüber befreien konnte [4]). Andererseits vermittelte diese sachliche Haftung den Uebergang der Rentenverpflichtung oder sagen wir der Rentenlast auf jeden beliebigen späteren Erwerber des Gutes. War er auch der Regel nach nicht mit anderen Vermögenswerthen haftbar, so mußte er doch

1) Ueber die hier zu Grunde gelegte begriffliche Unterscheidung vergl. Brinz, Pandekten, 2. Aufl. 2, §§ 206 ff.; Amira, Nordgerm. Obligation-Recht 1, insbes. § 7, 27 und 86.

2) Vergl. z. B. Stobbe a. a. O. S. 202 ff.

3) U. zw. nicht bloß durch Preisgabe an den Zinsgläubiger, sondern auch schlechthin durch Dereliktion sowie durch vertragsmäßige Uebertragung an einen Dritten, demgegenüber freilich auf Grund des Vertrages eine Regreßhaftung entstehen konnte.

4) Dieselbe Auffassung bei Heusler, Institutionen 1 S. 348; Wyß, Z. f. schweizerisches R. 7 S. 23 f.; Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts 4 S. 773 u. a.

für die Erfüllung der auf dem Gute ruhenden Last, selbst der Rückstände aus früherer Zeit Sorge tragen, wollte er sich im Besitze seines Gutes erhalten, und der Zins- und Rentengläubiger konnte seinen Anspruch auf die einzelnen Leistungen, den Intentionen des Rentenbegründers gemäß, gegen jeden nachfolgenden Besitzer Dank der sachlichen Haftung stets erfolgreich geltend machen.

Der ursprünglich bestehende Gegensatz, der die Rentenschulden durch die Einschränkung der Haftung auf das belastete Gut von anderen persönlichen Schulden trennte, hat sich zwar lange, aber doch nicht auf alle Zeiten erhalten. In der rechtlichen Behandlung, die den Renten zu Theil wurde, erfolgte immer mehr eine Annäherung an gewöhnliche Schulden mit unbeschränkter Vermögenshaftung. Vielleicht darf man die oben erwähnte Einbeziehung gewisser Mobilien in den Haftungskreis als ersten Ansatz für eine derartige Entwickelung betrachten. Später sind mannigfaltige Faktoren hierfür von Einfluß geworden. Wenn dem Begründer einer solchen Zinslast deren Erfüllung besonders am Herzen lag, wurde die Pflicht hierzu allen kommenden Generationen oft besonders eingeschärft. So finden wir oft die ethische Seite des Verpflichtungsverhältnisses mit aller Schärfe betont und religiöse, also ideelle Nachtheile auf das Haupt des etwa Säumigen herabbeschworen, und ähnlich auch materielle Rechtsnachtheile als Strafe der Pflichtverletzung angedroht — ein Rechtsbrauch, der ja bekanntlich nicht nur auf diesem Gebiete im deutschen Rechte seine Anerkennung fand [1]). Eine unmittelbare Erweiterung des der Haftung unterworfenen Vermögenskreises finden wir in solchen Zins- und Rentenverträgen, wo Bürgen und

1) Vergl. u. a. Richard Löning, Der Vertragsbruch im deutschen Recht, 1876.

Pfandbestellung eine erhöhte Sicherheit bewirken sollten. Die wirthschaftliche Veranlassung für derartige Festsetzungen war wohl hauptsächlich die Unzulänglichkeit des Gutswerthes, ein Fall der namentlich dann leicht eintreten konnte, als die spätere Praxis oft eine Mehrzahl von Zinsen und Renten auf ein Gut legte und so eine Ueberlastung mit Rentenschulden häufig verursachte. Solche ökonomisch ungesunde Verhältnisse, daneben wohl auch andere Gründe, welche in concreto jede mögliche Garantie für eine übernommene Zinspflicht wünschenswerth erscheinen ließen, haben dann vielfach vertragsmäßige Verabredungen veranlaßt, wodurch derjenige, welcher eine Rente auf sein Gut legte, sich mit seinem ganzen Vermögen subsidiär haftbar erklärte oder eine Generalhypothek daran bestellte [1]. „In diesen Fällen muß eine persönliche Schuld angenommen werden, die über das Grundstück hinausgeht, und kaum wurde dieselbe von der Gültschuld so aus einander gehalten, daß bei Verkauf des haftenden Grundstückes und Uebergang der Gültschuld auf den Käufer die subsidiäre persönliche Schuld auf dem ursprünglich Verpflichteten und seinen Erben haften geblieben wäre [2].“

Ein häufiges Vorkommen derartiger Verträge, daneben vielleicht der nicht seltene Bestand von Zinsverhältnissen auf herrschaftlicher Grundlage, bei welchen eine ausgedehntere persönliche Haftung kraft herrschaftlichen Rechtes nahelag, und andere Umstände mögen vielfach den ursprünglichen Rechtsgrundsatz beschränkter Haftung gegenüber der Annahme einer wenigstens subsidiären oder auch schlechthin unbeschränkten Haftung zurückgedrängt haben.

1) Vergl. z. B. Urk. 1376 bei Ennen, Quellen zur Gesch. der Stadt Köln 4, S. 474 (Gobbers a. a. O. S. 150 und meine Erbleihen a. a. O. S. 60 f.), sowie die Quellenbelege bei Wyß a. a. O. 9, S. 38 Anm.

2) Wyß a. a. O. S. 38.

Besonders beachtenswerth sind die Veränderungen, die in der Umgestaltung des Exekutionsverfahrens ihren Ausdruck fanden. Im Gegensatze zu der älteren oben (S. 21) geschilderten Anschauung hat nämlich die spätere Zeit, welche eine größere Ausnutzung aller ökonomischen Werthe erforderte, auch den Hyperochis eine größere Beachtung geschenkt [1]). Man ließ unter gewissen Kautelen eine mehrfache Belastung eines Grundstückes zu und legte speziell im Rentenrechte der Unterwindungsbefugniß auch der älteren Rentengläubiger manche Schranken zu Gunsten der jüngeren oder wenigstens die Pflicht einer Berücksichtigung ihrer Interessensphären auf [2]). Und ebenso wurde anderen nicht real sichergestellten Gläubigern oder auch dem Grundbesitzer selbst ein eventueller Anspruch auf die ökonomischen Werthe zuerkannt, um welche das Gut die Rentenlast überragte.

All dies mußte nothwendig dahin führen, daß das Unterwindungsrecht seinen ursprünglichen Charakter verlor, und immer mehr der Gedanke mit ihm in Verbindung gebracht wurde, daß der ökonomische Werth des Gutes oder eine entsprechende Quote davon zur Bedeckung der Rentenlast bezw. der entsprechenden Kapitalsumme verhaftet sei, während der Rest der freien Verfügung des Eigenthümers unterstünde — eine Auffassung, die zunächst an dem Grundgedanken der realen Haf-

---

1) Die gleiche Wandlung vollzog sich gleichzeitig für das Pfandrecht, die Satzung, bezüglich deren auch das ältere Recht nichts von einer Berücksichtigung der Hyperocha wußte, aber auch keine Ansprüche anerkannte, die über den Werth des Pfandgutes hinausreichten.

2) So konnte im Gantverfahren, auch wenn ein älterer Rentier das Gut wegen seiner Rückstände auf die Gant brachte, ein solcher nicht wie früher schlechthin das Gut einziehen, sondern mußte es jedem jüngeren, der ihn wegen der Rentenschuld schadlos halten und das Gut mit allen ihm vorgehenden Lasten übernehmen wollte, überlassen. Vergl. auch z. B. die eigenartigen Bestimmungen des Wiener Stadtrechtsbuchs Art. 125.

tung nichts änderte, aber durch ihre durchschlagende Aehnlichkeit mit den eben geschilderten pfandrechtlichen Grundgedanken zu analogen Uebertragungen der dort herrschenden Grundsätze verleiten mochte. Wie das Pfandrecht als reale Stütze eines unabhängig davon bestehenden Verpflichtungsverhältnisses galt, konnte auch hier im Rentenrechte die mit der Einschränkung der Haftung auf ein bestimmtes Gut gegebene reale Deckung als eine accessorische Erscheinung gedeutet werden, die zu einer „auch sonst" bestehenden Verpflichtung hinzutrat. Und wie mächtig wurde diese Entwickelung nicht dadurch noch gefördert, daß durch territoriale und Reichsgesetze und wohl auch durch vertragsmäßige Vereinbarungen die Renten wenigstens auf Seite des Schuldners ablösbar und kündbar wurden, und so in jeder Beziehung eine Annäherung an das zinsbare Hypothekardarlehen erfolgte, dessen wirthschaftliche Funktion Erbleihe und Rentenkauf in den ökonomischen Verhältnissen einer früheren Zeit ohnedies vertraten, aber auch in der späteren Zeit noch neben dem Pfanddarlehen erfüllten [1]).

So war in jeder Hinsicht der Boden geebnet, daß die durch die Rezeption der fremden Rechte verursachte gewaltige Bewegung die alte Auffassung von einer prinzipiell beschränkten Haftung für Zins und Rentenschulden, den alten Grundgedanken, daß das Gut ausschließlich oder wenigstens vorzugsweise für solche Schulden zu haften habe, bis auf die letzten Spuren vernichten und die theoretische und praktische Gleichstellung der Rentenschulden mit anderen schlechthin persönlichen Schulden erfolgen konnte, wobei dann freilich als Rest der älteren Rechtsanschauung meist eine pfandartige Haftung des Gutes in irgend einer Form accessorisch hinzutrat. —

---

1) Vergl. für den Uebergang von Gültkauf zu verzinsbaren Hypothekardarlehen Wächter, Württemberg. Privatrecht I, 1, S. 641 ff.

Zum Schlusse sei hier noch eines Rechtsinstituts gedacht, das wenigstens in der Form, in der es die größte praktische Anwendung fand, dem Kreise des bäuerlichen Rechtes angehört und das andererseits trotz unverkennbarer Verschiedenheit gewisse Gedanken mit dem Leiherecht gemein hat, eines Rechtsinstitutes, das unter den verschiedensten Namen, wie Auszug, Altentheil, Ausgedinge, Leibzucht, lat. reservatum, franz. reserve [1]), hauptsächlich [2]) dem Zwecke der Altersversorgung des abtretenden Bauern diente. Die geschichtlichen Anfänge dieses Rechtsinstituts, die Frage nach dem Zusammenhang mit dem älteren Erbrecht und manches a. m. bedürfte trotz des Bestandes einer größeren Zahl diesem Gegenstande gewidmeter Schriften doch erst der rechten Ergründung. Als die ältesten urkundlichen Nachrichten über dasselbe gelten die Weisthümer von Stockum und Loen [3]). Ist das Vorkommen des Rechtsinstitutes auch auf anderen Rechtsgebieten zuzugeben, so ist seine eigentliche Domäne, wie oben schon angedeutet ist, das bäuerliche Recht.

Der juristische Grundgedanke, der es beherrscht, ist, wie schon der Name, namentlich die lateinische Bezeichnung reservatum ausdrückt, der des Vorbehaltes. Derjenige, der bisher das Gut und den ganzen Ertrag genossen hatte, es aber nunmehr einem Nachfolger, meist dem nächsten Erbanwärter, überläßt, bedingt sich von diesem die Altersversorgung aus. Wirthschaftlich insgesammt dem gleichen Zwecke dienend, sind die Rechte, welche der abtretende Bauer für sich in Anspruch nimmt, ihrem juristischen Wesen nach verschieden, bald dinglicher Natur, wie der Anspruch auf den Ertrag eines bestimmten Gutstheils oder

---

1) Zusammenstellung weiterer Bezeichnungen z. B. Buddeus in Weiske's Rechtslexikon I. s. v. Auszug S. 518 f.

2) Andere Fälle z. B bei Stobbe, Deutsches Privatrecht 5 S. 409.

3) Grimm 3 S. 54 und 145; vergl. Stobbe a. a. O. S. 411 u. a.

auf Benutzung einer Wohnung, bald obligatorischer Art, wie der Anspruch auf Alimentation in natura oder in Geld u. a. m. Beides erscheint aus dem gleichen Gedanken wirthschaftlich wie rechtlich motivirt, beides hängt mit dem Gute und dessen wirthschaftlichem Betriebe auf das engste zusammen und gilt als Last jedes Erwerbers, der sie tragen muß, ebenso wie und weil er sich der Vortheile des Gutsbesitzes erfreut, die er ohne einen Verzicht des Auszüglers nimmer genießen könnte.

Die nähere Regelung des Details ist partikularrechtlich höchst verschieden gewesen [1]). In der Regel hat die Gutsherrschaft die Grundsätze des Ausgedinges als eine Angelegenheit ihres Interesses betrachtet und durch gewisse Regeln fixirt. Einerseits mußte sie dafür sorgen, daß stets ein arbeitsfähiger Bauer das Gut verwalte, daß es also dem Gebrechlichen nicht allzu schwer falle, das Auszugstübchen zu beziehen, daß der Altentheil ihm eine befriedigende Versorgung biete, und andererseits durfte auch der Nachfolger nicht zu sehr beschwert werden, weshalb die Versorgung des Abtretenden nicht zu glänzend sein und nicht zu früh beansprucht werden sollte. Aus diesem Gesichtspunkte finden sich Altersgrenzen und Regeln über den Umfang der Ansprüche seitens der Gutsherrschaft statuirt, deren Details für die prinzipielle Rechtsfrage wohl irrelevant sind. Daß damit zum Ausdrucke kommt, daß auch dieser Theil des bäuerlichen Rechtes nicht lediglich privatrechtlichen Charakter trägt, ist wohl das juristisch Bedeutsamste an dieser Thatsache.

Der rechtlichen Behandlung, welche der Auszug in einzelnen der neueren Gesetzesrechte gefunden hat, wird im 2. Abschnitt noch Erwähnung geschehen [2]). —

---

1) Reichhaltige Zusammenstellung älterer Regelungen bei Runde, Die Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altentheile, 1805.

2) Die juristischen Schriftsteller namentlich der früheren Zeit nennen

Sind in den Ausführungen, die bisher gegeben wurden, die hauptsächlichsten Typen der Belastungen von Grund und Boden, wie sie das mittelalterliche und spätere Deutschland gezeitigt hat, nach ihrem wesentlichen juristischen Gehalte in allgemeinen Umrissen gekennzeichnet, so soll, bevor im Folgenden auf die neuere Entwickelung eingegangen wird, zunächst noch die Stellung der hier behandelten Phänomene im rechtlichen Güterverkehre kurz Erwähnung finden.

Von unserem heutigen Standpunkte aus mag man es als Eigenthümlichkeit der mittelalterlichen Rechtsauffassung bezeichnen, daß man im Allgemeinen so sehr geneigt war, alle rechtlichen Befugnisse, die mit Grund und Boden in irgend einer Weise enger verknüpft waren — mochten sie dann ihrem inneren Wesen nach staatshoheitlicher, herrschaftlicher oder ganz privater Natur sein und ihrem Inhalte nach sich als eine private oder öffentliche Macht über Personen oder über Sachen darstellen — wie einen Bestandtheil des Rechtes am liegenden Gute zu betrachten und rechtlich zu behandeln. Es mag uns befremdlich erscheinen, aber das Faktum steht uns klar vor Augen, daß alle solche territorial fundirten Rechte dem rechtlichen Güterverkehre ganz so wie liegendes Gut selbst unterworfen wurden, daß sie wie Immobilien als Objekte von Kauf-, Tausch- und Lehenverträgen in den Verkehr eintraten, daß die für Immobiliarübertragungen gebräuchlichen Formen und dabei giltigen rechtlichen Beschränkungen auch auf sie ungeändert Anwendung fanden, daß den Besitzern derartiger Befugnisse, Eigenthum,

---

außer den hier besprochenen Rechtsformen oft noch andere Fälle von Reallasten. Dieselben gehören aber zum größten Theile als Spezialfälle unter eine der hier besprochenen Gruppen (namentlich in die der grundherrlich bäuerlichen Lasten) und theilen deren rechtlichen Eigenschaften, zum Theile gehören sie augenfällig überhaupt nicht zu den Reallasten. Aus diesem Grunde dürfte für die hier verfolgten Zwecke die Besprechung der herangezogenen Typen genügen.

Nießbrauch, Pfandrecht, Lehenrecht und die Gewere daran zugeschrieben wurden, und daß auch im Streite über solche Rechte, sofern sie als ganzes, nicht die einzelnen darin enthaltenen Befugnisse zur Sprache kamen, schlechthin die Formen des Immobiliarprozesses zur Anwendung gebracht wurden [1]). Es genügt in dieser Beziehung auf die treffliche Zusammenstellung Heusler's [2]) zu verweisen, um außer Zweifel zu stellen, daß auf alle — als möglicherweise in die Kategorie der Reallasten gehörig — bisher besprochenen Fälle die eben ausgeführten Rechtsgrundsätze Anwendung fanden.

Wie Grafschaften und Herzogthümer zu Lehen gegeben und wie Vogteien, Maut- und Münzrechte verschenkt und verpfändet wurden, so finden wir auch Zehnte und Steuern, den Zins aus abhängigen und freien Gütern, das Schulzenrecht mit den daran geknüpften Freihufen und Gefällen und ebenso auch Burg- und Bergrechte und das völlig freie Erbleihe- und Rentenrecht in den Städten wie liegendes Gut im rechtlichen Verkehre, und gleichmäßig finden dabei die Grundsätze des Immobiliarsachenrechtes im Land- und Lehenrechte, wie im Hof- und Stadtrechte unbedingt und unverändert ihre Anwendung, mochte sonst Art und Inhalt des übertragenen Rechtes wie immer gestaltet gewesen sein.

Mit dem Zurücktreten der für Rechtsgeschäfte über Immobilien gebräuchlichen Rechtsformalitäten, was namentlich durch die Rezeption des römischen Rechtes veranlaßt war, weil dieses eine prinzipiell verschiedene Behandlung von Mobilien und Immobilien nicht kannte, und andererseits mit der gleichzeitig eintretenden Umwandlung in der rechtlichen Auffassung über

1) Belege hiefür sind in fast allen Reallastabhandlungen, namentlich bei denen, welche die dingliche Natur der Reallasten begründen wollen, in reicher Zahl zu finden.

2) Institutionen 1. § 68.

die Reallasten selbst [1]) ist dann auch dieses Moment in den Hintergrund getreten. Und als in den letzten Jahrhunderten das Intabulationsprinzip als neue Grundlage für Erwerb und Veränderungen von Rechten an liegenden Gütern sich einbürgerte, hat zum Theile auch die Bestimmung Eingang in die Gesetze gefunden, daß alle oder gewisse Reallasten überhaupt zu ihrer Begründung oder wenigstens zur Erlangung voller Rechtswirkung der Intabulation bedürfen, um eben als Lasten auf dem Gute gegen jedermann anerkannt zu werden; ob bei Wechsel in der Person des Berechtigten der Rechtserwerb in gleicher Weise an die Form der Intabulation gebunden ist, darüber enthalten die meisten Gesetze keine ausdrückliche Bestimmung. Da aber heutzutage allgemein erkannt ist, daß nicht nur dingliche, sondern auch andere Rechte zur Erlangung absoluter Wirkung gegen jedermann in die Grundbücher eingetragen werden können, so ist nicht anzunehmen, daß auch heute noch aus dieser Thatsache Rückschlüsse auf die rechtliche Natur der Reallasten in dieser oder jener Richtung gezogen würden, während die Anwendung der Grundsätze des Immobiliarsachenrechtes auf die Reallasten des älteren Rechtes zu Schlußfolgerungen dieser Art leicht Veranlassung geben konnte.

II.

Die bisherigen Ausführungen waren vornehmlich dem mittelalterlichen Rechte der deutschen Reallasten gewidmet. Die Entwickelung, die sich dabei verfolgen ließ, darf namentlich, soweit die dem Privatrecht näherstehenden Reallasten in Betracht kommen, wohl als eine aufstrebende bezeichnet werden. Wer wollte die große Bedeutung unterschätzen, welche die Entstehung zahlreicher bäuerlicher Leihen in einer Zeit, da selbständiges

1) S. Abschnitt 2.

Eigenthum an kleineren Gütern sich nicht mehr halten konnte, für die ganze Wirthschaftsordnung in sämmtlichen deutschen Gauen zukam; und wer wollte andererseits nicht geneigt sein anzuerkennen und zu würdigen, daß die freieren Formen namentlich der städtischen Leihe und des Rentenkaufes den wachsenden Bedürfnissen, welche ein regeres Verkehrsleben stets neu entstehen ließ, sich anzupassen wußten und, indem sie selbst zu immer größerer Durchbildung und Verwendbarkeit gelangten, auf ihrem Gebiete den Uebergang von der älteren, ruhigeren und gebundenen Wirthschaftsform zu der freieren und bewegten Volkswirthschaft des endenden Mittelalters und der beginnenden Neuzeit in der glänzendsten Weise vermittelt haben.

Dagegen mag es mehr als zweifelhaft erscheinen, ob man für die neuere Zeit auch noch von einer aufstrebenden Entwicklung sprechen darf. Auf dem Gebiete des bäuerlichen Rechtes ist bekanntlich vielfach eher ein Rückschritt als ein Fortschritt zu verzeichnen gewesen, und erst unser Jahrhundert hat hier durch die Allodifikations- und Grundentlastungsgesetze die Konsequenzen gezogen, die schon geraume Zeit früher vorbereitet waren; dieser rechtliche Fortschritt aber, so hoch er unzweifelhaft anzuschlagen ist, war für eine große Zahl von Reallasten nicht eine Weiterentwickelung, sondern ein Todesstoß. Die durch die Ablösung von Nutzungsrechten u. dergl. gleichzeitig neu entstandenen Ablösungsrenten sind zwar der Zahl nach ein kleiner Zuwachs an Reallasten, der den großen Einbußen durch die Ablösungsgesetze gegenübersteht; aber auch hier wurden nur bestehende Rechtsformen ungeändert übernommen und, ich möchte sagen, räumlich in weiterem Umfange zur Anwendung gebracht, ohne ihrem juristischen Gehalte nach eine Veränderung, eine Neubelebung zu erfahren. Außerhalb des bäuerlichen Güterrechtes im freien Immobiliarverkehre namentlich der Städte haben aber andere Rechtsinstitute, wie insbesondere das zinsbare

Hypothekardarlehen die Funktionen zeitgemäß übernommen, die für den Realkredit der früheren Zeit das Rentenrecht einstmals geübt hatte.

Dem entspricht auch die Behandlungsweise, die die Reallasten in den Gesetzgebungen in den letzten Jahrhunderten erfahren haben. Wohl mit Ausnahme der allerjüngsten Zeit beschäftigte sich die Gesetzgebung mit den Reallasten nur darum, weil sie bestanden und so eine gewisse Berücksichtigung in manchen Fragen unvermeidlich war. Namentlich die Bestimmungen über das Gant- und Konkursverfahren haben zu einer gesetzlichen Berücksichtigung der Reallasten Anlaß gegeben.

Diese Gesetze, als die wichtigste Quelle zur Beurtheilung des Reallastenrechtes der letzten Jahrhunderte, fußen im Allgemeinen auf den Bestimmungen des spätrömischen Rechtes über die Reihenfolge, in welcher bei Unzulänglichkeit des Vermögens die einzelnen Gläubiger Anspruch auf Befriedigung haben. Dieses unterschied bekanntlich fünf Gruppen, die der absolut privilegirten Gläubiger [1]), der privilegirten [2]) und der nichtprivilegirten Pfandgläubiger und endlich der privilegirten und nichtprivilegirten Chirographargläubiger, und innerhalb der Gruppen waren weitere Abstufungen anerkannt, die noch durch das Vorhandensein zahlreicher privilegirter und nichtprivilegirter Legal- und Generalpfandrechte zu einer kaum übersehbaren Mannigfaltigkeit gelangten. Der alte Gedanke des Pfandrechtes als eines dinglichen, unmittelbar auf die Sache gerichteten Rechtes hat in diesem Chaos von Privilegien so ziemlich zurücktreten müssen;

1) So insbes. die Begräbnißkosten und die Kosten der letzten Krankheit, der Gesindelohn und Rückstände an öffentlichen Abgaben; vergl. Arndts, Pandekten (12. Auflage) § 227 Anm. 6.

2) So insbes. das Pfandrecht des Fiskus wegen Steuern aber auch wegen Kontraktsforderungen an den durch den Kontrakt erworbenen Gütern; das Pfandrecht der Ehefrau wegen ihrer Dos; das Pfandrecht mit dem privilegium wegen in rem versio; vergl. Arndts § 385.

er ist schon auf römischem Boden, noch mehr aber in den deutschen Territorialgesetzen, welche hier das ererbte römische Recht mit all seinen Fehlern erweiterte und fortbildete, vielfach nahezu in Vergessenheit gekommen. Dies führte nothwendig auch zu einer Trübung in der Auffassung der sachlichen Haftung überhaupt. Und doch gewähren diese Gesetze der früheren und namentlich der späteren Zeit, wo auch zwischen allgemeinem Konkurse und Realexekution schärfer unterschieden wurde, manchen werthvollen Anhaltspunkt für die Beurtheilung der Reallasten, die in ihnen regelmäßig Berücksichtigung fanden; ihnen kommt für die Erkenntniß des Reallastenrechtes jener Zeit die größte Bedeutung zu, mag es ihnen immerhin völlig fern liegen, unmittelbar das juristische Wesen dieses Rechtsinstitutes einer Regelung zu unterziehen.

Im Folgenden soll es nun versucht werden, auf die wichtigsten Bestimmungen der Gesetze einiger Territorien, aus welchen Rückschlüsse auf damalige rechtliche Behandlung und damit auf die Natur der Reallasten jener Zeit gezogen werden können, kurz zu verweisen [1]).

1) Als die vorliegende Abhandlung sich bereits im Drucke befand, ist H. H. Pflüger's Aufsatz „Ueber die rechtliche Natur der Reallasten" im Archiv für civilistische Praxis 81, 292 ff. erschienen, worin unter Berufung auf so manche Quellenstelle, die auch im Folgenden besprochen werden soll — ähnlich wie es diese Ausführungen thun — freilich in eigenartigem Gewande die große Bedeutung hervorgehoben wird, welche im Reallastenrechte der Haftung des Gutes für die einzelnen Leistungen zukommt. Da aber Pflüger's Darstellung, wie mir scheinen will, den wünschenswerthen Einblick in den geschichtlichen Entwickelungsgang unseres Rechtsinstitutes nicht gewährt (wohl auch nicht beabsichtigt zu gewähren) und andererseits die angeführten Quellen doch nur nach einer bestimmten Richtung hin verwerthet, so glaube ich, daß der vollständige und unveränderte Abdruck der in diesem Abschnitte gebotenen Detailausführungen auch jetzt noch nicht unberechtigt erscheinen dürfte, insbesondere mit Rücksicht darauf, daß die von dieser Studie verfolgten Ziele ohne diese reicheren und zusammenhängenden Detailangaben m. E. nicht zu erreichen wären.

Wenden wir uns zunächst den bayrischen Verhältnissen zu. Hier begegnen wir vor allem in München und mit geringerer Bedeutung auch in anderen Städten dem Rechtsinstitute des Ewiggeldes, einem Erbstücke des mittelalterlichen Rentenrechtes, das sich hier wie nirgends anderwärts in ziemlich unveränderter Gestalt bis auf die Gegenwart herauf erhalten hat.

Von älteren dieses Rechtsinstitut betreffenden Gesetzen und Verordnungen [1]) abgesehen, enthalten schon die Gantordnung von 1571 und die damit zusammenhängende Grundbuchsordnung [2]) von 1572 Bestimmungen über die Haftungsfrage für Ewiggeldschulden. Das Exekutionsverfahren, wie es durch diese Gesetze neu geregelt wurde, bestand in einer Vergantung des Gutes, also in einer Realexekution, deren Ergebniß zunächst den Ewiggeldgläubigern zu Gute kommen sollte. Die Rentenlast als solche blieb, soweit sie Deckung fand, auf dem Reale liegen; mit ihr an gleicher Stelle wurden die Rückstände von einem Jahre liquidirt, sie mußten wie die Kosten der Gant vom Ersteher unmittelbar entrichtet werden. Um was der Erlös hinter den Ewiggeldkapitalien mit Einschluß der privilegirten Rückstände zurückblieb, das büßte der letzte Rentengläubiger ein, was darüber hinaus erzielt wurde, kam den gewöhnlichen Schuldforderungen gegen den Exekutor, wozu auch die älteren Ewiggeldrückstände gezählt wurden, zu gute. Einen persönlichen Klagsanspruch gegen den Besitzer finden wir nicht erwähnt, vielmehr spricht alles dafür, daß die Gant des Ewiggeldgläubigers einziges Exekutionsmittel gewesen sei.

Ungleich reichhaltiger sind die Bestimmungen der Maximi-

1) Vergl. Riedl, Das Ewiggeld-Institut in München 1819, und Auer, Münchener Stadtrechtsbuch 1840.

2) Abgedruckt bei Riedl a. a. O. Urk.-Sammlung S. 88 ff. bezw. 64 ff., Auer a. a. O. S. 228 ff. bezw. 244 ff.

lianeischen Gantordnung von 1616, die schon wesentlich durch die romanistische Doktrin beeinflußt war. Dem Ewiggelde hat, wie Riedel ausführt, das energische Auftreten der Stadt München in dieser neuen Prioritätsordnung das unbedingte Vorzugsrecht vor allen anderen Gläubigern gerettet [1]). Dann erst folgt ziemlich detaillirt die Serie der diversen Forderungen ungefähr so, wie sie das römische Recht nach einander reiht [2]), darunter gleich nach den unbedingt privilegirten Ansprüchen [3]) die „Steuern und Aufschläge, die der Exekut von seinen Gütern und Getränken schuldig ist" und bald danach die Grund- und Herrn-Gilt, die sämmtlich unter den Gesichtspunkt der Legalhypothek gezogen sind (Art. 22). Nach einer weiteren Reihe dahingehöriger Ansprüche folgen dann erst die Forderungen mit Vertragspfandrecht. An der sachlichen Haftung für die hier genannten Reallasten kann mit Rücksicht auf diese Gesetzesbestimmung nicht wohl gezweifelt werden; und es ist vielleicht besonders beachtenswerth, daß für alle ausdrücklichen wie stillschweigenden Pfandrechte, also auch für die oben genannten Realsteuern und gutsherrlichen Lasten überdies der Grundsatz ausgesprochen ist (Art. 26), daß, wenn das Pfandgut durch mehrere Hände ging, die schon gegen die früheren Besitzer erworbenen Pfandrechte allen erst bei diesem entstandenen vorgehen — eine Bestimmung, welche eine weitere Bekräftigung der realen Haftung bewirkte und darum namentlich in einer Rechtsordnung, die ungezählte privilegirte und Generalpfandrechte anerkannte, von großer Bedeutung war, zu Gunsten fiskalischer Forderungen aber, wie es scheint, nicht ganz rein aufrecht erhalten wurde (vergl. Art. 19).

Der **Codex Maximilianeus judiciarius**, der unter anderem

1) Vergl. die Bestimmung des Art. 28 des 2. Titels.

2) Vergl. oben S. 33.

3) Vergl. oben S. 33 Anm. 1.

die ausdrückliche Bestimmung enthält, daß durch die Vergantung wohl Hypotheken, nicht aber Reallasten erlöschen (c. 18 § 7), steht in seinen Festsetzungen der Rangordnung der Gläubiger (c. 20) fast völlig auf dem Standpunkte des zuletzt besprochenen Gesetzes. Das Privilegium des Münchener Ewiggeldes ist nunmehr ausdrücklich für alle Zinsrückstände anerkannt (§ 13) und unter den Gesichtspunkt eines jus separationis gestellt. Dem liegt — wie auch die offiziellen Anmerkungen zu diesem Gesetze bestätigen — unzweifelhaft der Gedanke zu Grunde, daß der Ewiggeldgläubiger für seine Forderung kraft des bestehenden besonderen Gantverfahrens in dem Gute ein unmittelbares Zugriffsobjekt besitze, welches er wie ein condominus [1]) als etwas ihm Zugehöriges aus der allgemeinen Konkursmasse ausnehmen und für sich beanspruchen konnte. Der Gedanke dinglicher Haftung des Gutes für die darauf liegenden Ewiggelder hat sonach in diesem Gesetze wie im offiziellen Kommentar nur noch erhöhte Anerkennung gefunden.

Neben den bisher genannten Bestimmungen finden sich auch schon in den älteren bayrischen Landrechten auch solche über Leistungen und Abgaben grundherrlicher Güter. Nach diesen statutarischen Rechten gewährleisten das Recht der Gutseinziehung und andere Straf- und Zwangsmittel die Erfüllung solcher bäuerlicher Pflichten [2]). Besonders ausführlich sind diese Verhältnisse im Codex Maximilianeus civilis geregelt, wo unter dem Titel von dem Contractu Emphyteutico ꝛc.

---

1) Vergl. die offiziellen Anmerkungen zu diesem § des Codex judiciarius. Vergl. auch die hievon abweichende Ansicht, die Caspar Freih. v Schmid in seinem Comm. des churbair. summ. und Gandtprozesses von 1616 (II, 28, 5 und 6) vertreten hat.

2) Vergl. Landr. v. 1518, Titel 34, Art. 4, 2, 11; Landr. v. 1616, Titel 21 Art. 20, 4.

(IV, 7), stark beeinflußt von dem römischen Rechte die Eigenarten und die Unterschiede der verschiedenen Formen bäuerlicher Leihen detaillirt dargestellt werden (§ 29 ff.). Von den allgemeinen Grundsätzen sei hier erwähnt, daß dem Grundherrn das dominium directum sowie die ihm „in Kraft des Codex judiciarius für die grundherrlichen Forderungen und Prästationen gebührende Hypothek und resp. Vorzugsfreiheit" (§ 6), dann ein Pfändungs- bezw. Exekutionsrecht [1]), welches für die Grundherrn, die zugleich Jurisdiktion auf jenen Gütern haben, besonders günstig ist (§ 28), und endlich das Recht der Gutseinziehung bei einer durch zwei Jahre fortgesetzten Zinssäumniß zusteht (§ 10).

Bezüglich der dem Gutsherrn gewährten Klagerechte hat schon Kreittmayr es als zweifellos hingestellt, daß er für rückständige Realzinse „als onera realia actionem realem et confessoriam sowohl gegen den Zinsmann als alle folgenden Gutsinhaber" besitze [2]). Aber auch die andere, in der damaligen Zeit streitige Frage, ob der Zinsherr für seine Forderung auch „ein stillschweigendes Unterpfand mithin actionem hypothekariam habe", muß mit Rücksicht auf die ausdrücklichen Bestimmungen des Codex judiciarius m. E. unbedingt bejaht werden [3]), und so ist auch für diese Gruppe von Reallasten die sachliche Haftung nicht in Abrede zu stellen.

---

1) Vergl. die Anm. Kreittmayr's IV, 7, 28, 2 f.

2) A. a. O. IV, 7, 33, 5.

3) Kreittmayr ist unter Berufung auf Cod. M. civilis II, 6 § 4 eher geneigt, sie zu verneinen, weil derselbe alle stillschweigenden Hypotheken mit Ausnahme der im c. 20 des Cod. jud. aufgeführten beseitigt. Das steht aber der im Texte angegebenen Meinung nicht entgegen, denn für solche grundherrliche Ansprüche ist gerade in diesem c. 20 Cod. jud. — was K. übersehen hat — eine Legalhypothek ausdrücklich anerkannt: c. 20 § 5, 7 spricht nämlich dem Grundherrn „um seine grundherrlichen Forderungen an Stift, Gilt, Laudemien, Kuchendienst und den ganzen Werth

Das Leibgedinge bespricht der Codex Max. civ. in unmittelbarem Zusammenhange mit den verschiedenen gutsherrlichen Rechtsverhältnissen und spricht dem „Leibrechter" im Gegensatze zum Usufruktuar das dominium utile am Gute zu (§ 29). Auch die älteren bayrischen Gesetze bringen diesen Zusammenhang des Leibgedingrechtes mit den gutsherrlich bäuerlichen Verhältnissen ausnahmslos zum Ausdrucke zugleich mit dem Gedanken, daß der Herrschaft zur Wahrung ihrer Interessen ein Einfluß auf die Ordnung des Leibgedingwesens zustehen müsse [1]).

Auf städtischem Boden, wo ein solcher grundherrschaftlicher Einfluß fehlte und das Leibgedinge mehr unter den Gesichtspunkt der Leibrente gestellt wurde, finden nach Art. 15 der Münchener Grundbuchsordnung von 1628 (Auer a. a. O. S. 268) die Bestimmungen über das Ewiggeld analoge Anwendung.

Dem Gebiete der herrschaftlichen Rechte gehören ferner die Frohnden und Scharwerke an, jene Leistungen, welche „ein Unterthan seinem Gerichts- oder Vogtherrn zu seiner Hausnothdurft mit seinem Vieh oder seinem Leib . . . . verrichten und leisten muß" (Landr. 1616 Tit. XXII, 1). Vom Standpunkt der Reallastenfrage ist hierfür zu beachten, daß hier das herrschaftliche Moment des Forderungsberechtigten als Vogt oder Gerichtsherrn [2]) und die persönliche Pflicht des Bauern vielleicht noch mehr als anderwärts in den Vordergrund tritt. Gleichwohl ist die Verbindung mit dem Grund und Boden

---

des zu Geld angeschlagenen und ohnparteiisch geschätzten Gutsabschleif auf des Unterthanen Gerechtigkeit und allen vorhandenen Früchten nicht nur ein stillschweigendes Unterpfand", sondern auch ein bestimmtes Vorzugsrecht zu.

1) Vergl. Tit. 21 Art. 22 des Landrechts von 1616, sowie die Bestimmungen des Landrechts von 1518.

2) Vergl. auch Cod. Max. bav. civ. II, 11 § 4.

nicht bedeutungslos. Das Ausmaß des Grundbesitzes kann unter Umständen für den Umfang, der Besitz eines eigenen Herdes für die Thatsache der Frohnpflicht entscheidend sein, (Landr. v. 1616 Tit. XXII, 4 und 11) und während nach dem Codex Max. civ. prinzipiell nur Bauersleute und Gerichtsunterthanen auf dem Lande, nicht aber Bürger und „adeliche oder sonst gefreyte Personen" scharwerkspflichtig sind, erklärt er doch auch solche Personen dazu verpflichtet, wenn sie „ein mit solchem onere behaftetes Bauerngut besitzen, welchenfalls sie die Scharwerke wie jeder andere, der dieselben in Person entweder nicht verrichten kann oder nicht will, per substitutum leisten zu lassen haben" (II. 11 § 5).

Endlich ist noch des Zehentrechtes zu gedenken. Der eigenartige Charakter, der diesem Rechtsinstitut im Allgemeinen zukommt, tritt uns auch aus den Bestimmungen der bayrischen Gesetze wieder entgegen. Das Landrecht von 1616 legt den Zehentpflichtigen die Erfüllung dieser Pflicht besonders ans Herz und stellt dolose Unterschlagung oder Verheimlichung von Zehenten unter strafrechtliche Sanktion (Tit. 38, 1). Der Codex Maximilianeus civilis gewährt dem Berechtigten ein sehr intensives Recht an den Zehentfrüchten selbst. Da im Gegensatze zu anderen Reallasten bei dem Zehent das Objekt der Leistung von vornherein so genau bestimmt ist, so ist hier eine rechtliche Behandlung möglich, die wenigstens theilweise dem Ususfructus analog sein kann. In diesem Sinne bestimmt das zuletzt genannte Gesetz, daß der Zehentherr jeden, in dessen Hände Früchte gelangen, von denen der schuldige Zehent nicht geleistet wurde, zur Zehentleistung verhalten kann, während er, sobald die Auszehentung erfolgt ist, sobald die Zehentfrüchte von den übrigen separirt sind, Eigenthum an ihnen besitze (II. 10 § 18)[1]).

---

1) Kreittmayr bezeichnet das Recht des Zehentherrn, solange die

Dafür fehlt andererseits hier jeder Hinweis auf eine Haftung des Gutes für Zehentrückstände [1]) und ist ausdrücklich statuirt, daß kein Gutsinhaber für die unter seinem Vorgänger fällig gewordenen Zehentrückstände außer etwa als dessen Universalsuccessor hafte (§ 4 h. t.).

Einen mächtigen Fortschritt auf dem Gebiete des Immobiliargüterrechtes und damit auch zum Theile für die uns berührenden Fragen bedeutet die bayrische Gesetzgebung vom Jahre 1822. Die beiden damals erlassenen Gesetze, das Hypothekengesetz und die Prioritätsordnung, suchen eine feste und klare Ordnung für den Immobiliarkredit zu schaffen, was insbesondere durch Beseitigung der stillschweigenden Pfandrechte und durch die Anlegung von Hypothekenbüchern erreicht werden sollte. In diese letzteren mußten alle Hypotheken eingetragen werden, und zwar hatte hier die Ingrossation konstitutive Bedeutung, sie war ein unerläßilches Erforderniß für die Begründung des dinglichen Rechtes (§ 9 und 21 H.G.). Daneben sollten auch andere Belastungen des Grund und Bodens, so insbesondere die Ewiggeldkapitalien in Form eines summarischen Auszuges aus den Ewiggeldbüchern [2]), ferner „die auf der Sache vermöge eines speziellen Rechtstitels haftenden Lasten, Zehentpflichtigkeiten, Art und Größe der Lehen- und Grundbarkeitslasten, sofern der Lehen- oder Grundherr die Eintragung aus-

---

Früchte auf der Wurzel stehen, als jus ad rem, nach der Trennung vom Grund und Boden als jus reale, welches vor der Auszehentung ein condominium oder eine communio unter Zehentherrn und Zehentmann, danach aber ein dominium solitarium auf Seiten des Decimatoris in sua parte assignata et decimata bedeutet.

1) Kreittmayr schließt daraus wohl mit Recht auf den Mangel eines solchen Rechtes.

2) die schon durch die Münchner Rathsbeschlüsse von 1478 eingeführt und die Grundbuchsordnung von 1572 weiterer Regelung unterworfen worden waren, vergl. Riedl a. a. O. S. 53, 56 u. U.-S. 93 u. 64.

drücklich verlangt", nach ihrem jährlichen Betrage im Hypothekenbuche „vermerkt" werden (§ 22, 5 H.G.)[1]). Diesen Eintragungen kommt konstitutive Bedeutung nicht zu[2]).

An den Besonderheiten des Rechts der Ewiggelder, namentlich den Spezialbestimmungen über das Gantverfahren wurde durch die Gesetzgebung von 1822 nicht gerüttelt (§ 67 Hyp.-Ges. und § 6 Prior.-O.), nur daß die besonders eximirte Stellung, welche die Gesetzbücher Maximilians allen Ewiggeldansprüchen vorbehaltlos gewährten, nunmehr auf die Ewiggeldkapitalien und die Rückstände der letzten drei Jahre eingeschränkt wurde (§ 6 P.O.). Dafür partizipiren unzweifelhaft[3]) auch diese älteren Rückstände von Ewiggeldern an der Bestimmung des § 12, 4 H.G., welche den Gläubigern, die aus einer unbeweglichen Sache eine Realrente zu fordern haben, einen gesetzlichen Titel zur Erwerbung eines Pfandrechtes und damit die Möglichkeit geben, sich durch Intabulation auch für solche ungefreite Giltrückstände die Priorität vor späteren Hypothekarschulden zu sichern.

Von den übrigen Bestimmungen der Prioritätsordnung sei noch das Folgende hervorgehoben.

Ein „Separationsrecht" gewährten die §§ 2 ff.: 1) im Allgemeinen denjenigen, deren Eigenthum in Gewahrsam des Gemeinschuldners sich befindet, und 2) „besonders bei dem Ewig-

1) Die Instruktion über den Vollzug der Hypothekenordnung vom 18. März 1823 enthält (§ 16) eine nähere Weisung, was nicht als Reallast zu betrachten ist, obwohl sie von dem Gedanken ausgeht: „An sich kann zwar in den meisten Fällen darüber, welche Lasten sich als Reallasten zur Anmeldung und zur Eintragung in das Hypothekenbuch eignen oder nicht, kein Zweifel sein."

2) Vergl. übrigens § 22, 25, 26 und 129 ff. H.G., welche den im Vertrauen auf das öffentlich Handelnden auch bezüglich solcher Rechte einen gewissen Schutz gewähren.

3) Vergl. Gönner, Kommentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Bayern 1. S. 195.

gelde" und zwar dem Kapitale sowie den „gefreiten" Rückständen unbedingt, den ungefreiten, die mit Hypotheken konkurriren, nur mit der Rangordnung nach den letzteren.

Die Gläubiger, denen ein solches Separationsrecht nicht zusteht und die ihre Ansprüche nicht aus einem Partikularkonkurse zu befriedigen haben, werden in sechs Klassen getheilt, von denen die erste nach den schon im römischen Rechte ganz besonders privilegirten Forderungen die aus den letzten drei Jahren „von dem Vermögen des Gemeinschuldners zu entrichtenden Real- oder öffentlichen Lasten" namentlich die aus dem Lehen- und Grundbarkeitsverbande schuldigen Leistungen, ferner die anderen Reallasten an Bodenzins, Gilten, Zehenten u. dergl., die Beiträge zu den Gemeindelasten und die Beiträge zu Brandversicherungsgesellschaften in sich schließt. Es entspricht dem Geiste der ganzen Gesetzgebung, daß bei diesen Forderungsrechten die privilegirte Stellung im Konkurse, die ihnen thatsächlich gelassen blieb, nicht mehr wie früher auf das Vorhandensein einer Generalhypothek ex lege zurückgeführt wurde. In die zweite Klasse gehörten „die Gläubiger, welchen für ihre Forderung eine Hypothek auf eine im Vermögen des Gemeinschuldners vorhandene Sache zusteht" (§ 15), jedoch nur insoweit, als die verpfändete Sache zur Befriedigung hinreicht (§ 20); in die dritte die Besitzer von Faust- und Nutzungspfändern mit der gleichen Beschränkung, neben Gläubigern, deren Forderungen auf bestimmten anderen Rechtsverhältnissen beruhen. Die älteren Rückstände der oben genannten Reallasten sowie von Hypothekarzinsen sind der fünften Klasse zugewiesen.

Fassen wir die rechtliche Behandlung näher ins Auge, welche den verschiedenen Formen von Reallasten in diesen Gesetzen insbesondere im Verhältnisse zu den hypothecirten Lasten zu Theil wurde, so nehmen vor allen die Ewiggelder, wie seit alter Zeit, auch hier noch eine besonders privilegirte Stellung

ein. Sie genießen ein Separationsrecht im Konkurse ebenso wie dingliche Rechte, die dritten Personen zustehen (§ 6 P.O.); die Ewiggeldgläubiger können, da sie das Recht haben, „aus besonderen Theilen oder Gegenständen des Vermögens ihres Schuldners ohne Vermischung mit dessen übrigem Vermögen und mit den anderen Gläubigern ihre Befriedigung zu verlangen", die Ausscheidung dieser Vermögenstheile, also einen Partikularkonkurs erwirken (§ 8 Ziffer 3 u. § 7 P.O.). Praktisch kam diesem Separationsrechte, welches den Ewiggeldern gewährt war, die Bedeutung zu, daß der zur Deckung von Ewiggeldkapital und der privilegirten Giltrückstände erforderliche Werth des belasteten Gutes im Vermögen des Kridars ein gefreites Gebiet bildete, welches die übrigen Gläubiger in keiner Weise berühren durften, weil es gewissermaßen schon den Ewiggeldgläubigern gehörte oder für sie reservirt war.

Die sachliche Haftung des belasteten Gutes für Ewiggeldkapitalien und gefreite Zinsen und auch in gewissem Sinne für die ungefreiten Rückstände erscheint sonach nicht im geringsten zweifelhaft, ist doch das alte Gantverfahren für Ewiggelder unverändert aufrecht erhalten geblieben, und durch das Separationsrecht gerade das dingliche Moment nur noch verstärkt worden.

Die übrigen Reallasten erfreuen sich eines solchen Separationsrechtes nicht. Sie stehen in der Prioritätsordnung neben anderen schlechthin gegen das Vermögen des Schuldners gerichteten Forderungen in der ersten Klasse [1]) und gehen als

---

1) § 12 P.O. verweist in die 1. Klasse: . . . . 6) alle direkten und indirekten, ordentlichen und außerordentlichen Staatsabgaben, soweit dieselben neben dem bei Eröffnung des Konkurses laufenden Jahre noch von den zwei unmittelbar vorhergehenden Jahren rückständig sind. — 7) Für eben diesen Zeitraum alle von dem Vermögen des Gemeinschuldners zu entrichtenden Real- oder öffentlichen Lasten namentlich a) die aus dem Lehen- und Grundbarkeitsverbande

solche gemäß § 14 „allen Forderungen der folgenden Klassen", also speziell auch den Hypothekarforderungen „in Ansehung aller Vermögenstheile des Schuldners vor". Danach kann nicht zweifelhaft sein, daß die Haftbarkeit für solche Reallasten das ganze Vermögen des Schuldners umfaßte, daß sie also in dieser Richtung anderen Schulden gleichgestellt waren und als persönliche, im Konkurse privilegirte Schulden des Gutseigenthümers gelten hatten. Und gewiß mit vollem Rechte hebt Roth die prinzipiell verschiedene Behandlung gegenüber den Hypothekarschulden hervor: Bei diesen der Zahlungsanspruch gegen die Konkursmasse abhängig von der Zugehörigkeit des verpfändeten Gutes zu derselben (§ 15 P.O.) und auf dessen Werth beschränkt (§ 56 H.G.), bei den Reallasten keine Beschränkungen dieser Art sondern vorbehaltlos ein Anspruch gegen das ganze Vermögen. Der persönliche Charakter der Reallastschuld ist sonach nicht zu bezweifeln.

Mit nicht so voller Sicherheit ist die Frage nach der sachlichen Haftung für Realrückstände zu beantworten. Solange das Gut in den Händen des ursprünglichen Schuldners bleibt, sichert allerdings die oben genannte Bestimmung dem Gläubiger auch die Befriedigung aus dem Werthe des Gutes (§ 12 und 14 P.O.). Denn danach gehen diese Ansprüche bezüglich aller Vermögenstheile, also auch speziell bezüglich der belasteten Güter allen Pfandrechten vor, sie müssen also, wenn sie nicht anders zur Zahlung gelangen, noch vor allen Pfandrechten eventuell aus dem Werthe dieser Güter befriedigt werden. Unzweideutig erprobt sich aber das Moment der sachlichen Haftung erst dann, wenn sie auch bei dem Uebergange des Gutes in fremde Hände bestehen bleibt. Und dafür giebt, wie allerdings zuzu-

---

schuldigen Leistungen an Geld, Naturalien oder Diensten; b) die anderen Reallasten an Bodenzins, Gilten, Zehenten; c) die Beiträge zu den Gemeindelasten; d) die Beiträge zur Brandschadenversicherungsgesellschaft.

geben ist, der oben cit. § 12 P.O. (S. 44 Anm. 1) keine völlig klare Entscheidung. Er bestimmt nur, daß alle in den letzten 2 Jahren „von dem Vermögen des Gemeinschuldners zu entrichtenden Real- oder öffentlichen Lasten“ in die erste Klasse gehören.

Es dürfte indes schwer sein, aus dieser Fassung abzuleiten, daß damit nur solche Lasten gemeint seien, die von allem Anfange sich gegen den Kridar gerichtet hätten. Wäre dies die Absicht des Gesetzgebers gewesen, so hätte eine weit einfachere Formulirung dies viel klarer zum Ausdrucke bringen können. Näher, wie mir scheinen will, liegt die Deutung, daß „Vermögen“ gleichzustellen ist „den zum Vermögen gehörigen Sachen“ und daß — mit der einzigen Einschränkung auf die Frist von zwei Jahren — alle hiervon zu entrichtenden Lasten unbekümmert um die sonstigen Schicksale der einzelnen Güter jene privilegirte Stellung einnehmen sollen [1]), daß also auch die aus der Zeit eines anderen Besitzers rückständig geblienen Reallasten mit den angegebenen Schranken sich der sachlichen Haftung zu erfreuen haben. Und diese Deutung gewinnt noch darin eine Stütze, daß auch das ältere Recht z. B. den hierhergehörigen grundherrlichen Ansprüchen eine bevorzugte Stellung und gesetzliche Hypothek an den Grundstücken gewährte [2]).

Unabhängig indes von dieser Kontroverse ist durch den § 12 der Hypothekenordnung jedenfalls und unzweifelhaft eine engere Rückbeziehung all dieser Reallastenrückstände auf das belastete Gut anerkannt, und eine Verschiedenheit gegenüber anderen Schulden dadurch geschaffen, daß für sie der Titel zur Erwerbung eines Pfandrechtes auf diesem Gute ipso jure begründet ist. Durch einfaches Ingrossationsbegehren kann

1) Vergl. übrigens die analogen Bestimmungen in den unten zu besprechenden Gesetzen Sachsens und Preußens.

2) S. oben S. 36.

demnach für solche Rückstände unbekümmert um den Willen des Eigenthümers jederzeit eine Hypothek und damit die dingliche Haftung ohne jede Zeitbeschränkung erworben werden, was bei gewöhnlichen Schulden nur im exekutiven Wege zu erlangen wäre. —

Die Gesetzgebung des Jahres 1848 hat mit der grundherrschaftlichen Organisation des Bauernrechtes einen großen Theil der bäuerlichen Reallasten beseitigt oder wenigstens einschneidenden Veränderungen unterworfen. Durch das Gesetz über die Aufhebung der standes- und gutsherrlichen Gerichtsbarkeit, dann die Aufhebung, Fixirung und Ablösung der Grundlasten vom 4. Juni 1848 wurden nämlich, was uns interessirt, schlechthin und ohne Entschädigung aufgehoben alle Naturalfrohndienste mit einziger Ausnahme jener Dienste, für welche unter alternativem Vorbehalte der Naturalleistung ein bestimmter Geldbetrag erhoben werden konnte (Art. 2), das Mortuarium (Art. 3), alle rein persönlichen Abgaben (Art. 6), sowie der Blutzehent, Neubruchzehent, wo er noch nicht zur Erhebung gelangt ist, und mit gewissen Beschränkungen auch der Kleinzehent (Art. 4). Alle übrigen unständigen Gefälle und Zehenten und die Besitzveränderungsabgaben wurden fixirt und als eine stabile Realabgabe auf das Grundstück gelegt, welchen die rechtliche Natur eines Bodenzinses mit den Privilegien des § 12 Z. 3 und 4 des H.G. und des § 12 Z. 7 der P.O. vom 1. Juni 1822 (s. o. S. 41 ff.) zugesprochen wurde (Art. 8 und 14).

Endlich wurde für alle diese Abgaben der Grundsatz der Ablösbarkeit ausgesprochen, und durch weitreichende Begünstigungen die Durchführung derselben vielfach erleichtert. Daß durch dieses Gesetz mittelbar oder unmittelbar eine sehr große Zahl von Belastungen des Grund und Bodens wirklich aus dem Leben geschaffen wurden, bedarf keiner Erwähnung. Für die übrigen blieben zunächst die alten Grundsätze in Kraft.

Die Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern vom 29. April 1869 hat dann u. a. auch das Immobiliarexekutionswesen einer neuen Regelung unterzogen, was zum Theile auch für die rechtliche Behandlung der Reallasten von Einfluß wurde. An dem für Ewiggelder in der Stadt München geltenden Verfahren wurde freilich auch noch durch dieses Gesetz keine Veränderung verfügt[1]). Bezüglich der „dinglichen Lasten" im Allgemeinen enthält das Gesetz die Bestimmung, daß auch bei Durchführung eines exekutiven Verkaufes dieselben auf den Ersteher übergehen (Art. 1057 Z. 3) und indem der Art. 1092 die in der Prioritätsordnung von 1822 § 12 im Allgemeinen aufgestellte Reihenfolge der Gläubiger speziell auch für die Befriedigung aus dem durch Zwangsverkauf veräußerten Immobile ohne wesentliche Veränderungen sanktionirt und insbesondere bestimmt, daß die „auf die versteigerten Güter treffenden Steuern, ... Grundabgaben, Real- und sonstigen dem jeweiligen Besitzer in dieser Eigenschaft obliegenden Lasten für die Zeit von Zustellung des Beschlagnahmeprotokolles bis zum Zuschlage, sowie die etwaigen Rückstände für das bei der Zustellung des Beschlagnahmeprotokolles laufende und die vorhergehenden zwei Kalenderjahre" vor allen Hypotheken aus dem Erlöse zu berichtigen sind, ist der Gedanke der dinglichen Verhaftung des Gutes für die darauf ruhenden Lasten[2]) unzweideutig zum Ausdrucke gebracht.

Die Subhastationsordnung vom Jahre 1879 hat endlich das besondere Gantverfahren für Ewiggelder und die gegenüber allen anderen Reallasten exemte Stellung derselben beseitigt, indem sie die allgemein aufgestellten Regeln über den

1) Vergl. Art. 8 des Einführungsgesetzes und Art. 1080 und 1188 der Prozeßordnung.

2) Wenigstens mit der im Texte angegebene zeitliche Beschränkung.

Zwangsverkauf auch auf Exekutionen wegen rückständiger Ewiggelder ausdehnte (Art. 164). Ihrem althergebrachten Sonderrechte ist nur insoweit Rechnung getragen, daß einerseits die Ewiggeldkapitalien und „gefreiten“ Gilten (= einjährige Rückstände) und nach ihnen die „bevorzugten“ Gilten (= zweijährige Rückstände) der Hypothekenordnung nach den Steuern und Reallasten aber **vor** sämmtlichen Hypotheken, die älteren Rückstände unmittelbar nach diesen aus dem Erlöse befriedigt werden (Art. 109) und andererseits alle Exekutionsführer mit Ausnahme der Ewiggeldgläubiger nur dann eine Feilbietung durchführen können, wenn der erreichte Erlös zur Deckung der Ewiggeldkapitalien sowie der gefreiten und bevorzugten Giltrückstände hinreicht (Art. 56). Der in der Prozeßordnung von 1869 ausgesprochene Grundsatz, daß dingliche Lasten trotz exekutiven Verkaufes auf dem Gute liegen bleiben [1]), ist auch in dem neuen Gesetze anerkannt (Art. 55) und ausdrücklich auch von den Ewiggeldkapitalien statuirt (Art. 56 und 108) und ebenso ist das Prinzip der dinglichen Verhaftung des Gutes für Steuern, Grundabgaben und Reallasten, die **vor** allen Hypotheken und sogar vor den gefreiten Ewiggeldern aus dem Erlöse zu begleichen sind, unverändert aus der Prozeßordnung von 1869 herübergenommen (Art. 108).

Das jüngste hier zu nennende Gesetz, „Aenderungen der Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen betreffend“ vom 29. Mai 1886 steht im Ganzen auf den Grundlagen des preußischen analogen Gesetzes vom 13. Juli 1883. Die Grundgedanken dieser neuesten deutschen Exekutionsgesetze liegen bekanntlich darin, daß einer-

1) Anders nur dann, wenn der Reallast Hypotheken vorausgehen, und die Versteigerung des Grundstückes mit der Last keinen diese Hypotheken unzweifelhaft deckenden Erlös ergeben hat. Dann ist jedes Gut frei von der Last zur Versteigerung zu bringen (Art. 57).

seits durch Statuirung eines sog. „geringsten Gebotes" dafür gesorgt wird, daß Realfeilbietungen, bei denen auf den Exequenten vom Erlöse nichts mehr entfallen würde, überhaupt nicht vorgenommen werden können, und daß andererseits, was uns mehr interessirt, im Prinzipe alle dinglichen Rechte, welche dem des Exekutionsführers vorangehen, durch die Subhastation in ihrem Bestande nicht alterirt werden, vielmehr ungeändert als Belastungen des Gutes auf den Ersteher übergehen. Dadurch wurde dem Realkredit der stabile Charakter zurückerobert, den er erheischt, und speziell für die Reallasten der Grundsatz neuerlich zur Geltung gebracht, daß sie — wenigstens durch Exekutionen, die wegen jüngerer Rechte durchgeführt werden — keine Beeinträchtigung erfahren können. An der realen Haftung des Gutswerthes für Reallastrückstände wurde dabei nichts geändert.

Zum Theile andere, aber doch in den wichtigsten Beziehungen parallel laufende Wege ist die Entwickelung unseres Rechtsinstituts auf sächsischem Boden gewandelt [1]).

Da sei zunächst der Gesetzgebung Kurfürst Augusts und speziell der Konstitution vom 21. April 1572 gedacht, die freilich nur einzelne Gruppen von Reallasten, nämlich Schoß, Steuer und Erbegeld, unter die besonders privilegirten Forderungen vor allen Pfandrechten [2]) für alle Fälle einreiht, „wo zwischen denen Gläubigern der Erstigkeit halber Streit vorfällt." (I. 28.)

Die sogenannte alte Prozeßordnung von 1622 acceptirt in vollem Umfange die oben (S. 33) angeführten 5 Klassen

1) Vergl. außer der allgemeinen Literatur insbesondere Otto Müller, Beiträge zur systematischen Darstellung des k. sächsischen Civilrechtes, I. die Reallasten, 1878.

2) Als solche sind in diesem Gesetze Vertragspfandrechte, aber auch stillschweigende Legal- und Generalhypotheken anerkannt.

des römischen Rechtes und weist die Reallasten der ersten derselben [1]) zu, und zwar in weiterem Umfange als die Konstitution von 1572, indem als Arten derselben ausdrücklich genannt werden: „Schoß und Steuer und was auf denen Güthern zu Besoldung derer Kirchen und Schuldiener oder anderen milden Sachen zu entrichten, als Decem, item von wiederkäuflichen Hauptsummen und dergleichen Onera realia" (42 § 6). Anderer Reallasten geschieht auch hier keine Erwähnung. Bezüglich des Pfandrechtes sei noch erwähnt, daß das Gesetz in weitem Umfange stillschweigende und gesetzliche Hypotheken am ganzen Vermögen wie an einzelnen Gegenständen anerkennt, und den durch Vertrag begründeten Pfandrechten, nur wenn sie gerichtlich konstituirt sind, volle Rechtswirksamkeit und insbesondere die Priorität vor den außergerichtlich bestellten zuspricht (46 § 2).

Die etwa 100 Jahre nach der alten Prozeßordnung in der Form von Erläuterungen derselben erschienene sog. erläuterte Prozeßordnung vom 10. Januar 1724 hat auf dem ganzen Gebiete des Immobiliarkreditwesens den Versuch tief einschneidender Neuerungen, vor allem die Beseitigung der stillschweigenden und Generalhypotheken (ad 45 und 46) und die Durchführung des Grundsatzes unternommen, daß für die Begründung eines Pfandrechtes an liegendem Gute gerichtliche Konstituirung erforderlich sei (ad 45, § 1 und 46). Damit verbunden war konsequenter Weise die Beseitigung der Legalpfandrechte und ihrer Prioritätsprivilegien, die früher eine so große Rolle gespielt hatten.

So ist durch die erläuterte Prozeßordnung das Spezialitäts-

1) Als der Klasse von solchen Gläubigern, die „eine sonderliche Prärogativ und Vorzug haben, daß sie vor allen anderen ungeachtet dero Rechten, welche sie haben mögen, bezahlt werden müssen" (Titel 41 § 1).

und Prioritätsprinzip für das Gebiet des Immobiliarpfandrechtes, ebenso wie das Prinzip ausschließlich gerichtlicher Bestellung konsequent zur Durchführung gelangt und nur insofern ein wenig durchbrochen, als den Forderungen der ersten Klasse ein Vorrecht vor allen Pfandrechten auch fernerhin im Allgemeinen ungeändert gewahrt blieb.

Bezüglich der Reallasten, die dieser Klasse wie früher zugewiesen wurden, finden wir allerdings mehrfache, zum Theile recht einschneidende Veränderungen. Zunächst im Allgemeinen die Bestimmung, daß „die auf denen Grundstücken haftende und andere onera: Schoß, Steuer, Contribution, Defension- und Milizgelder, Wachgeld, Lehenwaare nach jedes Ortes Gebrauch und Gewohnheit und zwar allerseits ohne Unterschied der Zeit pro rata ..... jedoch alleine von denen Güthern, darauf solche haften und dem Fahrnis" und zwar mit der Einschränkung auf die letzten 5 Jahre vor Ausbruch des Konkurses befriedigt werden sollen.

Die mit dem Namen der „Zinsen von wiederkäuflichen Stämmen" bezeichneten Renten, als jene Form privatrechtlicher Reallasten, welche damals nach ihrer wirthschaftlichen Funktion dem zinsbaren Hypothekardarlehen schon allzu nahe stand, wurden aber aus dem Gebiete der übrigen Reallasten eximirt und einer besonderen Regelung unterworfen, welche sie auch nach ihrer rechtlichen Behandlung dem Hypothekenwesen näherrückte. Zu ihrer rechtlichen Begründung sollte in Hinkunft gerichtliche Konstituirung und richterlicher Konsens wie bei den Hypotheken unerläßliches Erforderniß sein; überdies wurden die so begründeten Rentenrechte aus der ersten Klasse ausgeschieden und schlechthin unter die Pfandforderungen nach dem Zeitalter der Begründung mit der Beschränkung auf Rückstände der letzten 3 Jahre eingereiht[1]). Die weiterreichende Be-

1) Ad Tit. 42, 8 .... Die Zinsen von wiederkäuflichen Stämmen

stimmung, welche bezweckte, daß auch die bereits bestehenden Renten dieser Art innerhalb einer bestimmten Frist nachträglich gerichtlich solennisirt werden sollen, scheint aber, wie das Mandat vom 24. September 1734 und dessen spätere Erneuerungen zeigen, sich als undurchführbar erwiesen haben; und so blieb für die vor der erläuterten Prozeßordnung bereits begründeten Renten das alte Recht, insbesondere ihr altes jus reale et prioritatis unbekümmert um die gerichtliche Konsentirung aufrecht bestehen.

Wenn so durch das zuletzt genannte Mandat die Verwirklichung eines Theiles der Ziele, welchen die erläuterte Prozeßordnung zugestrebt hatte, als derzeit unausführbar fallen gelassen wurden, so blieb doch bezüglich des Rentenrechtes die Bestimmung in Kraft, welche für neu zu begründende Renten gerichtliche Konstituirung und für die so begründeten Rentenrechte die Behandlung nach den Grundsätzen des Hypothekenrechtes verfügte.

Die Doktrin des sächsischen Privatrechtes faßt diese beiden gesetzlichen Anordnungen gerne in den einen Satz zusammen, nach der erläuterten Prozeßordnung sei die Begründung von Realrenten mit voller Rechtswirksamkeit nur mehr in der Form möglich, daß für dieselben auf legale Weise eine Hypothek bestellt wird [1]. Wenn auch diese Deutung vielleicht nicht unbe-

---

aber sollen in Zukunft anderer Gestalt nicht als wenn sie gerichtlich konstituirt und konsentiert worden ein jus reale und auch sodann kein jus prioritatis haben, sondern sowohl ratione sortis als ratione der wiederkäuflichen Zinsen, jedoch wegen dieser ebenfalls nur auf die letzten 3 Jahre vor entstandenem Konkurs oder der erhobenen Klage unter den übrigen Creditoribus hypothecariis nach Ordnung der Zeit befriediget . . . werden.

1) Vergl. Müller a. a. O. S. 98; Anonymus in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, zunächst f. d. K. Sachsen 4, 259 f.; Heyne, Kommentar z. H.G. 1, 109; A. S. Kori, System des sächs. Konkurs-Prozesses 1828 (2. Aufl.) S. 298 u. a.

dingt nothwendig, es vielmehr immerhin möglich ist, daß der Gesetzgeber, auch ohne das Reallastenrecht gedankenmäßig dem Hypothekenrechte einzugliedern, schlechthin ohne das Bindeglied des hypothekenrechtlichen Gedankens die dingliche Wirkung (jus reale) und die Erlangung der Reallastqualität von der gerichtlichen Konsentirung abhängig machen wollte, so steht doch unter allen Umständen die Haftung des Gutes für so begründete Rentenlasten außer Zweifel. Und da in anderer Weise Renten seit der E.P.O. als Reallasten nicht mehr begründet werden konnten, so waren alle nach diesem Gesetze begründeten ablöslichen Renten nothwendig dem Grundsatze dinglicher Haftung unterworfen.

Aber auch für alle übrigen Reallasten, die ja eine noch mehr bevorzugte Stellung einnehmen, ist der gleiche Grundsatz durch den oben (S. 52) angeführten Titel unzweifelhaft ausgesprochen, der die Reallastansprüche zur Befriedigung auf den Werth des belasteten Gutes[1]) verweist, aus welchem Werthe sie vor allen Pfandrechten zu decken sind. Beachtenswerth ist, daß hier die Wirkung der sachlichen Verhaftung gegen jeden nachfolgenden Erwerber des Gutes nach dem Wortlaute des oben (S. 52 Anm. 1) angegebenen Gesetzesparagraphen (Titel 42 § 8), der nur die zeitliche Grenze von 5 Jahren hervorhebt, m. E. unbestreitbar ist. Ja der § 6 h. t., der ganz allgemein denjenigen Schulden, „welche auf einem Gute gehaftet, ehe und bevor es der Schuldige an sich gebracht", eine besonders günstige Stellung einräumt, giebt sogar Reallastrückständen sowie Pfandrechten gegenüber einem nachfolgenden Besitzer einen besonders bevorzugten Anspruch auf Befriedigung aus dem Gutswerthe.

1) Daß sie daneben freilich auch noch aus dem Mobiliarvermögen Deckung suchen durften, ändert nichts an dieser sachlichen Haftung.

Bezüglich des Auszuges hat die E.P.O. und ein darauf bezügliches Reskript [1]) die Zugehörigkeit zu den „onera realia, welche per subhastationem nicht expiriren", ausdrücklich sanktionirt, ohne freilich auf die übrigen rechtlichen Fragen einzugehen.

Dieses letztere Moment, daß die Subhastation keinen zerstörenden Einfluß auf den Bestand der Reallasten ausübt, dürfte übrigens als eine allen Reallasten gemeinsame Eigenschaft, die sie insbesondere von den Hypotheken unterscheidet, zu gelten haben. Abgesehen von dem Wortlaute des zuletzt genannten Reskriptes, ist die Giltigkeit dieses Grundsatzes bei allen Reallasten öffentlichen Charakters, die mit den übrigen wiederholt unterschiedlos genannt werden, selbstverständlich und unabweislich nothwendig. Hierzu kommt noch als wichtigstes Moment das Zeugniß der älteren sächsischen Juristen, welche für die Frage, was als Reallast zu gelten habe, mangels positiver gesetzlicher Bestimmungen die Antwort gerade in dem Satze zu finden glaubten: quae subhastatione non expirant [2]).

Von den Gesetzen unseres Jahrhunderts sei hier erwähnt das Mandat vom 4. Juni 1829 [3]), welches die Aufhebung sämmtlicher stillschweigender Hypotheken verfügte, aber das Recht der Reallasten nicht berührte, weil nach den obigen Ausführungen ihr Vorrecht nach den Prozeßordnungen zum Theile als persönliches Privilegium (1. Klasse), zum Theile auf Verbücherung fußte. Dann die Ablösungsgesetze aus der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts, die eine große Zahl der alten Reallasten ähnlich wie in allen anderen deutschen Staaten be-

---

1) ad tit. 39 § 11 und Restr. v. 28. Febr. 1726. Vergl. Müller a. a. O. S. 96 ff.

2) Vergl. die Ausführungen O. Müller's S. 70 ff.

3) Vergl. auch d. Ges. v. 2. Nov. 1848.

seitigten oder eine Ablösungsgeldrente an ihre Stelle setzten, daneben aber auch eine ganze Reihe von Reallasten unberührt ließen [1]).

Wichtigere Bestimmungen über das Recht der Reallasten enthält das Grundbuchs- und Hypothekengesetz vom 6. Nov. 1843. Es verfügt die Anlegung von Grund- und Hypothekenbüchern und stellt den Grundsatz an die Spitze, daß das Eigenthum, Hypotheken und andere „zur Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch .... geeignete dingliche Rechte an fremden Grundstücken" (wozu nach § 15 auch die privatrechtlichen Reallasten gehören) nur durch Eintragung in das Grundbuch als dingliche Rechte erlangt werden können (§ 2 u. 3). Die „auf dem Grundstücke vermöge eines Privatrechtstitels haftenden bleibenden Lasten und Beschwerungen, so namentlich Grundzinsen aller Art, Laudemialpflicht, Zehentpflicht, Ablösungsrenten und die an diesen Lasten und Beschwerungen sich ergebenden Veränderungen", nicht aber Dienste und Frohnden, Grunddienstbarkeiten, Bannrechte ꝛc. (§ 15, 5) werden in die erste Rubrik (§ 169) eingetragen; sie gehen bei freiwilligem und unfreiwilligem Verkaufe vorbehaltslos auf den Ersteher über, wie es schon nach der E.P.O. Rechtens war. Auch sonst ist, soweit diese Rechte in Betracht kommen, an den Festsetzungen der E.P.O. nichts geändert, nur wurde mit Rücksicht darauf, daß solche Reallasten eine dauernde Werthminderung des Gutes bedeuten, für die Neubegründung derselben außer, wo es sich um Ablösungsrenten handelte, die Zustimmung aller auf dem Gute versicherten Gläubiger verlangt (§ 75).

Das Recht der anderen Reallasten aber hat in manchen Punkten eine Neuregelung gefunden. Schon die E.P.O. hat

---

1) Vergl. insb. das Gesetz über Ablösungen und Gemeinheitstheilungen vom 17. März 1832, § 29, 51, 52 und 58.

die wiederkäuflichen Stämme im Wesentlichen auf das Gebiet des Hypothekenrechtes hinübergezogen, indem alle Bestimmungen desselben auch für sie zu gelten hatten; nach dem H.G. gehen sie in den allgemeinen Bestimmungen des Hypothekenrechtes vollständig auf. Gleichzeitig wurde das Ausgedinge, sowie unkündbare (ewige) und Leibrenten wenigstens zum Theile den gleichen Grundsätzen unterworfen. Bezüglich des Auszuges gewährt § 41 dem Berechtigten die Befugniß, die „Eintragung desselben in das Grund- und Hypothekenbuch unter den Schulden des Grundstückes zu verlangen"; und zwar haftet dann, wenn eine solche Eintragung erfolgt ist, jeder Erwerber für die während der Dauer seines Besitzes fällig werdenden Auszugsleistungen nicht nur wie jeder Erwerber eines hypothekenbelasteten Gutes mit diesem selbst, sondern „stets auch persönlich" (§ 91). Weiter wurde nach §§ 105 ff. für „die Hypothek wegen sogenannter eiserner Kapitalien", sowie „das dingliche Recht dessen, welcher einen Auszug oder eine Leibrente aus dem Grundstücke zu fordern hat, gegenüber gewöhnlichen Hypotheken der Unterschied begründet, daß Zwangsverkauf sie nicht wie andere Hypotheken schlechthin, sondern nur dann erlöschen macht, wenn ihr weiterer Bestand nur um den Preis zu erkaufen wäre, daß frühere Hypothekargläubiger in ihren Rechten beeinträchtigt wurden [1]).

Lassen diese Bestimmungen des Hypothekengesetzes noch manche Fragen nicht mit völliger Klarheit beantworten, so hat das bürgerliche Gesetzbuch von 1863 in vielen Beziehungen eine Verbesserung und einen Ausbau der älteren Lehre gebracht. Es anerkennt zwei Gruppen von Reallasten, für welche folgende gemeinsame Grundsätze für uns von Interesse sind: Reallasten

1) Zu diesem Zwecke das auch im Rechte des sächsischen b. G.B. anerkannte Feilbietungsverfahren unter Annahme doppelter Gebote, s. u. S. 59.

entstehen durch Eintragung in das Grundbuch; die aus ihnen fließenden Einzelverbindlichkeiten, die nach den Grundsätzen des Obligationenrechtes zu beurtheilen sind (§ 511), hat der jedesmalige Eigenthümer des belasteten Grundstückes zu erfüllen (§ 510). Doch haftet — außer im Falle des Erwerbes durch Zwangsverkauf — der Nachfolger auch für die unter seinem Vorgänger fällig gewordenen, nicht berichtigten Leistungen (§ 510) und außerdem das Gut wie für Rückstände hypothekarisch sichergestellter Zinsen (§ 511 u. 417). Rechtsbesitz findet bei Reallasten nicht statt (§ 512). — Außerdem sind noch einige Erlöschungsgründe der Reallasten (Untergang des Grundstückes, Zeitablauf, bücherliche Löschung, § 509) und andere minder wichtige Bestimmungen beiden Gruppen gemeinsam.

Dagegen weichen die beiden Gruppen, von denen die eine Auszug, Leibrente und eiserne Kapitalien, die andere alle übrigen umfaßt, in folgenden Punkten von einander ab. Die Reallasten der zuletzt genannten Art, bezüglich deren Inhalts im Gesetze keine Schranke neu aufgerichtet wird, sondern alles als zulässig anerkannt wird, was nicht durch besondere Gesetze (insbesondere die alten Grundentlastungsgesetze) verboten ist erlöschen nicht durch Zwangsverkauf (vergl. § 508), sondern gehen auf jeden neuen Erwerber vorbehaltlos über. Als Gegengewicht gegenüber diesen Bestimmungen steht die Beschränkung, daß zu ihrer Errichtung die Zustimmung der hypothekarischen Gläubiger erforderlich ist (§ 421). Weil sie eine dauernde gegen jedermann, auch gegen die älteren dinglich Berechtigten wirksame Belastung bedeuten, können sie nicht ohne deren Zustimmung auf das Gut gelegt werden. Die Eintragung selbst erfolgt nicht in das Schulden-, sondern in das Bestandblatt des Grundbuches.

Dem gegenüber stehen Auszug, Leibrente und eiserne Kapitalien, deren Eintragung in das Hypothekenbuch zur Begründung

ihrer Reallastqualität erforderlich ist (§ 515), und unabhängig von dem Willen der älteren Kreditoren erfolgen kann (§ 516). Auf Grund dieser Eintragung genießen sie im Allgemeinen das Recht der Hypotheken. Nur rücksichtlich ihres Schicksales im Zwangsverkaufe nehmen sie ebenso wie schon nach der Hypothekenordnung eine Zwitterstellung ein. Sie erlöschen nicht schlechthin wie die anderen Hypotheken, bleiben aber auch nicht unter allen Umständen bestehen wie die anderen Reallasten. Vielmehr wird ihr Fortbestand dann, aber auch nur dann anerkannt, wenn er ohne Schädigung der älteren hypothekarischen Gläubiger möglich ist (§ 519). Diesem Zwecke dient das schon durch die Hypothekenordnung eingeführte Versteigerungsverfahren unter Annahme doppelter Gebote, von denen eines unter Annahme des Fortbestandes, das andere unter Annahme der Löschung der Reallast erfolgt.

Für beide Gruppen findet die Haftungsfrage nach dem oben Ausgeführten eine sehr einfache und klare Erledigung. Einerseits persönliche (unbeschränkte) Haftung des Eigenthümers, andererseits dingliche Haftung des Gutes. Und zwar beides in sehr ausgedehnter Weise; die dingliche Haftung für Rückstände mit der zeitlichen Einschränkung auf drei Jahre, die jedoch nur dann gilt, wenn der Gutswerth nicht zur Deckung aller realen Ansprüche ausreicht oder wenn der Schuldner sich im Konkurse befindet, in allen anderen, praktisch freilich nicht allzu häufigen Fällen jedoch gänzlich entfällt (§ 416 und 417). Daneben noch die persönliche Haftung des jeweiligen Eigenthümers mit seinem ganzen Vermögen, eine Haftung, die im Falle des Besitzwechsels nicht nur den früheren ursprünglich Verpflichteten nicht ausscheiden läßt, sondern auch den nachfolgenden Besitzer als Solidarschuldner erfaßt (§ 510), eine gewiß sehr weitgehende Bestimmung, die freilich in den älteren Gesetzen mancher Länder insofern ihre Vorbilder hat, als ja auch dort die

aus der Zeit früherer Besitzer rückständigen Abgaben, sofern ihre Befriedigung nicht ausdrücklich auf die Realmasse gewiesen war, in den Konkurs- und Prioritätsordnungen als Ansprüche wider das gesammte Vermögen behandelt wurden.

Das gegenwärtig giltige Gesetz betreffend die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung unbeweglicher Sachen, vom 15. August 1884 — um schließlich dessen noch zu gedenken — ist wie das in Bayern giltige Recht im Prinzipe mit seinem Vorbilde dem preußischen Gesetze von 1883 harmonirend. Es genügt sonach ein Verweis auf das oben S. 49 hierüber Gesagte.

Auch im Gebiete des brandenburg-preußischen Rechtes, auf dessen Wandlungen nunmehr einzugehen ist, sind bei aller Verschiedenheit im Einzelnen der Hauptsache nach die gleichen Grundsätze zu verfolgen.

Deutlicher vielleicht als in anderen Territorialgesetzen tritt uns schon in den älteren Landrechtsredaktionen, nämlich sowohl im „Landrechte des Herzogthums Preußen" von 1620 und in dem davon wenig verschiedenen „kurfürstlich brandenburgisch revidirten Landrechte" von 1685 der Gedanke einer engen und unlöslichen Verbindung der Reallasten mit dem belasteten Gute in unzweideutigen Bestimmungen entgegen. Ausdrücklich ist festgesetzt [1]), daß die Reallast in toto, wie die Haftung für ältere Rückstände auf den Erwerber eines belasteten Gutes übergeht, wofür ihm andererseits Regreßansprüche gegen seinen Autor unter Umständen zugesprochen werden (IV, 7, 7 § 5).

Im Uebrigen sind in diesen Gesetzen, die völlig auf romanistischer Grundlage aufgebaut sind, die Reallasten nur sehr

1) Buch 4, Titel 6, Art. 3 beider Landrechtsredaktionen: „daß ein jedes verkauftes Gut mit seinen Bürden der Steuer und Zinß gehe und ohne dieselbe nicht verkauft werden möge."

vorübergehend erwähnt. Speziell die Prioritätsordnung der Landrechtsredaktion von 1685 (I, 29 § 4) erwähnt wohl die fiskalischen Ansprüche, darunter insbesondere „gewöhnliche Zinse, allgemeine Steuer und Schoß, Hut- und Wachgelder u. dergl.", sowie die privilegirten Forderungen von Kirchen, Schulen und Hospitälern, und reiht sie alle an der üblichen Stelle ein, ohne aber zwischen persönlichen und Realansprüchen zu unterscheiden. Ebenso unterscheidungslos genießen alle fiskalischen und öffentlichen Forderungen ein gesetzliches Generalpfandrecht am Vermögen — nicht etwa bloß an einzelnen Vermögensstücken — des Schuldners.

Für die Begründung von Vertragshypotheken erfordert schon das ältere Landrecht bei sonstiger Nichtigkeit gerichtliche Konstituirung und Insinuation, und das gleiche wird verlangt für den Fall „da ch auch weiter zutrüge, daß jemand seine liegenden Güter für einen jährlichen Zins, Pension oder Rente einem anderen einsetzen und verpfänden wollte (IV, 5, 5 § 1 bezw. 8). Vielleicht darf man annehmen, daß die Pfandbestellung eben die [1]) Form war, in welcher in Hinkunft Renten als Reallasten begründet werden mußten. Daß so bestellte Lasten dingliche Haftung genossen, bedarf keiner besonderen Erwähnung.

In gewissem Sinne besteht eine solche auch für emphyteutische Zinse, indem die römische Bestimmung ungeändert rezipirt wurde, daß das Gut nach dreijähriger Zinssäumniß mit seinen Meliorationen an den Gutsherrn zurückfalle (IV, 9, 2 § 2 und 3). Das Leibzuchtsrecht ist mit dem römischen Usufruktus schlechthin identifiziert (III, 3) und gegenüber dem Zinsmann (colonus vel inquilinus), der „um versessene Zinsen

---

1) Zu Bedenken gegen diese in vieler Beziehung sehr wahrscheinliche Auffassung giebt vielleicht § 480 Titel 50 der allgem. Gerichtsordnung von 1793 Anlaß, welcher von nicht intabulirten Reallasten privatrechtlicher Art spricht; s. unten S. 68.

von einem Hause, Hof, Acker, Wiesen oder andere Güter" hinwegziehen will, ist dem Zinsherrn das Recht der Arrestirung eingeräumt (I, 49 § 6).

Das verbesserte Landrecht des Königreichs Preußen von 1721, das die älteren Bestimmungen vielfach wörtlich übernommen hat, steht auch für die Reallastenfrage auf dem Standpunkte des älteren Rechtes. Erwähnt sei hier nur die größere Spezifizirung, welche im Rahmen der Prioritätsordnung die gewöhnliche onera publica erfuhren, indem außer den früher schon genannten (vergl. oben S. 61) auch noch „Frohn- und Dienstgelder u. dergl. Gefälle, sowie Decem, Stipendia rc." aufgeführt wurden, deren privilegirte Stellung übrigens auf Rückstände der letzten drei Jahre eingeschränkt wurde (I, 49 § 8).

Etwas reichhaltiger speziell für unsere Fragen sind die Bestimmungen der Hypotheken- und Konkursordnung [1]) vom 4. Februar 1722, welche das Grundbuchswesen und den Intabulationszwang einen Schritt weiter vorwärts brachte und die ältere Prioritätsordnung in manchen Beziehungen modifizirte. Die in den Prioritätsordnungen nur schlechthin aneinander gereihten diversen Forderungen und Ansprüche sind hier in die bekannten fünf Klassen getheilt. In der ersten begegnen wir u. a. zunächst den fiskalischen Ansprüchen, dann nach einigen anderen privilegirten Forderungen den Ansprüchen derer, „die auf ein Grundstück .... geliehen und darauf ein ausdrückliches oder stillschweigendes Pfandrecht erlangt haben, ehe und bevor solches an den Schuldner gekommen" (§ 136); dann als nächster Gruppe mit der Einschränkung auf Rückstände der letzten drei Jahre den gewöhnlichen Reallasten kommunaler und grundherrschaftlicher Art, unter denen promiscue auch Zehenten, die canones emphyteutici und unablösliche jährliche Zinsen

1) **Mylius**, Corpus constitutionum Marchicarum II, 2, 114 ff.

und Renten genannt sind (§ 146 und 147). Unmittelbar danach rangiren gleichfalls noch im Rahmen der ersten Klasse die „wiederkäuflichen annui reditus, Zinsen und Renten" (§ 150). Dann folgen erst die privilegirten Pfandrechte, wie z. B. das Leibgedinge der Ehefrau (§ 154) in der zweiten und die gewöhnlichen Hypotheken und Pfandrechte in der dritten Klasse, in welcher den gerichtlich konstituirten und intabulirten Hypotheken die Priorität vor den stillschweigenden eingeräumt ist.

Beachtenswerth ist, daß in diesem Gesetze die Erkenntniß des rechtlichen Unterschiedes von Realexekution und Konkurs ihren gesetzlichen Ausdruck gefunden hat (§ 204) und daß die analoge Anwendung der zunächst für den Konkurs aufgestellten Prioritätsbestimmungen für die einfache Realexekution und die Vertheilung des Realerlöses besonders angeordnet wurde. Demnach sind Rückstände von Reallasten aus den letzten drei Jahren ausnahmslos vor den gewöhnlichen oder einfach privilegirten Pfandansprüchen aus dem Gutserlöse zu decken und es kann deshalb, namentlich da die oben (S. 60) erwähnten landrechtlichen Bestimmungen, welche die Haftungspflicht aller Gutserwerber auch für ältere Reallastrückstände aussprachen, unverändert in Kraft blieben, an der dinglichen Haftung für solche Rückstände kein Zweifel bestehen. Für Rückstände von solchen privatrechtlichen Reallasten, die durch Pfandbestellung begründet wurden (o. S. 61), ist sogar anzunehmen, daß sie bei einem Wechsel des Grundeigenthümers an dem vorhin erwähnten besonderen Vorzuge des § 136 Antheil hatten.

Auch das sogenannte Projekt des Codicis Fridericiani Marchici von 1748 steht im Allgemeinen und namentlich in den zuletzt besprochenen Beziehungen auf dem gleichen Standpunkte wie das Hypothekengesetz. Die für unsere Frage wichtigste Veränderung in der Prioritätsordnung besteht, abgesehen davon, daß die privilegirte Stellung der Reallastrückstände auf

die Zeit von zwei Jahren beschränkt wurde, in einer veränderten Behandlung der „wiederkäuflichen", d. h. ablösbaren Zinsen und Renten. Nur die unablöslichen finden ihre Priorität neben den Gemeinde- und öffentlichen Abgaben u. dergl. (§ 60), während die ablöslichen den Hypotheken ziemlich gleichgestellt werden; sie rangiren, wie man wohl annehmen muß, wenn sie eingetragen sind, mit dem Range der Eintragung unter den intabulirten (§ 69), wenn sie nicht eingetragen sind, in gleicher Weise unter den Privathypotheken, „welche weder eingetragen noch gerichtlich konstituirt sind, noch ein privilegium personale haben" (§ 130).

Während Hypothekarforderungen im Konkurse, bei Realexekution und selbst bei freiwilligem Verkaufe aus dem Kaufpreise zur Rückzahlung kommen, ist — worauf schließlich noch verwiesen sei — bezüglich der onera realia der alte Grundsatz, daß sie auf den Erwerber übergehen, neuerlich wenigstens indirekt anerkannt worden, indem für die Gutsabschätzung die Rücksichtsnahme auf die durch solche Belastungen verursachte Werthminderung ausdrücklich angeordnet wird [1]) — eine Bestimmung, die wohl nur für den Fall eine praktische Bedeutung hat, wenn ungeachtet jener Krise die Fortdauer dieser Belastung als selbstverständlich vorausgesetzt wird.

Das Schicksal der Gleichstellung mit den Hypotheken, welches nach dem Gesetze von 1748 nur die ablösbaren Renten und Zinse getroffen, erreichte nach dem Corpus juris Fridericianum von 1781 alle auf Privatrechtsverfügung, auf besonderem Rechtstitel beruhenden jährlichen Abgaben [2]). Be-

1) Buch III, Titel XLI, § 43 und Beilage zu § 44.

2) Die Hypothekenordnung vom 21. Dezember 1783 nennt dann als solche ausdrücklich die „auf ein Grundstück durch einzelne Verträge, Stiftungen, Vermächtnisse oder sonst vermöge eines speziellen Titels gelegt sind, als Erbzins und Erbpachtgelder, unablösliche Geld- und Kornzinse, Renten und

züglich dieser privatrechtlichen Lasten ordnet die Konkursordnung des C. j. Frid. an, daß sie nicht wie früher neben den öffentlichen Lasten, sondern, wenn sie eingetragen, unter den Hypotheken in der 3. Klasse nach der Zeit der Eintragung (IV, 12 § 34 u. 51), sonst unter den stillschweigenden Hypotheken wieder nach dem Zeitpunkte der Entstehung in der 5. Klasse zu berücksichtigen sind (§ 82).

Wie in den bisher besprochenen Gesetzen im Allgemeinen dingliche und persönliche [1]) Haftung für Reallastsverpflichtungen zu verfolgen war, so tritt dasselbe nur mit erhöhter Deutlichkeit in den großen kodifikatorischen Arbeiten Preußens vom Ende des vorigen Jahrhunderts zu Tage, nämlich in der allgemeinen Gerichtsordnung von 1793 und dem allgemeinen Landrechte für die preußischen Staaten von 1794.

Daß die Leistungspflicht, die dem Besitzer der belasteten Realität obliegt, als eine persönliche Verpflichtung desselben aufgefaßt wird, kann nach den Bestimmungen des Landrechtes wohl für keine Art der Reallasten bezweifelt werden [2]). Selbst die Bestimmungen über das Zehentrecht, bei dem eine rein sachenrechtliche Behandlung noch am ehesten denkbar wäre, lassen mit genügender Deutlichkeit erkennen, daß die Zehentlast als eine persönliche Verpflichtung des Betroffenen aufgefaßt und behandelt wird [3]).

---

andere Hebungen, welche gewissen einzelnen oder auch moralischen Personen . . . von einem solchen Grundstück gebühren".

1) Die letztere ergiebt sich, wie oben schon angedeutet, wenn je ein Zweifel arüber bestehen sollte, schon allein aus der Thatsache vorbehaltsloser Einreihung in die Konkursforderungen, die ohne Einschränkung auf eine Realmasse erfolgt.

2) Vergl. z. B. die Bestimmungen über grundherrliche Abgaben II, 7, 6 und 7, insb. II, 7 § 472 ff. oder über das Recht des Erbzinsgutes I, 18, 2 § 708, 714, 719, 755, der bestimmt, daß mehrere Besitzer der Erbzinsgüter für die Bezahlung des Zinses einer für alle — alle für einen haften, § 756, 771, 813 rc., bez. der Erbpachtgüter I, 21, 2 § 207 rc.

3) Vergl. L.R. II, 11 §§ 871, 879, 876 ff., 884 f., 895, 928 rc.

Andererseits läßt sich wohl auch für fast alle Reallasten eine Haftung des Gutes selbst nachweisen. Eigenartig ist die Haftungsfrage für die Erbpachtgüter (I, 21, 2) geregelt. Während bei Erbzinsgütern dreijährige Zinssäumnis den Gutsherrn zur Einziehung des Grundstückes berechtigt, soll hier, wenn der Zins ein Jahr ausblieb, der Verpächter durch Sequestration des Gutes sein Recht wahren (§ 204 I, 21). Nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen ist ihm der „gerichtliche Verkauf der Erbpachtgerechtigkeit" gestattet (§ 205, 206, 212, 213), dann aber ist der Erbverpächter befugt, aus dem gelösten Kaufgelde seine Befriedigung wegen des etwa rückständigen Zinses oder der durch die Schuld des gewesenen Erbpächters ihm entstandenen Schäden und Kosten zu nehmen (§ 214). Die Konkursordnung (Titel 50 der allgemeinen Gerichtsordnung § 382 b) gewährt ihm für diese Ansprüche, soweit das Kaufgeld zu seiner Befriedigung hinreicht, ein Separationsrecht, was soviel bedeutet, daß er aus dem Erlöse vor allen anderen Gläubigern, also soweit dieser überhaupt reicht, unbedingt befriedigt werden muß. Und da weder das Landrecht noch die Konkursordnung für diese besonders begünstigte Art dinglicher Verhaftung wie immer genannte Beschränkungen aufführt, so wird wohl kaum ein Anhaltspunkt gefunden werden können, aus dem zu schließen wäre, daß dieses Recht sich nur auf die Zinsrückstände des letzten Besitzers, nicht auch auf solche seiner Vorgänger bezöge.

Ueberhaupt finden wir in der allgemeinen Gerichtsordnung, namentlich in den Abschnitten über den Konkurs und

---

Wenn der §§ 876 u. 878 von der Pflicht den Zehent zu „entrichten", § 879 von der ev. Pflicht zur Leistung eines Surrogates statt des Naturalzehentes, § 819 von der Pflicht, den Sachzehent in die Wohnung des Berechtigten zu führen 2c. sprechen, so kann an eine rein sachenrechtliche Behandlung nicht mehr gedacht werden.

den Liquidationsprozeß, deutlichere Hinweise über Maß und Umfang der dinglichen Haftung, welche die Reallasten der verschiedenen Arten begleitete, und die Anhaltspunkte, die wir für unsere Frage diesem Gesetze entnehmen können, sind um so bestimmter, als dasselbe für das Konkursrecht die Unterscheidung von Realmassen im Gegensatze zur allgemeinen Masse durchführte, wodurch die Frage der Realhaftung des Immobiliargüterrechtes mit noch größerer Deutlichkeit ihre Entscheidung fand.

Die Prioritätsordnung, die wir in diesem Gesetze finden, ist zwar reicher gestaltet als ihre Vorläuferin im Corpus juris Fridericianum, sie unterscheidet sich aber in keinem für unsere Frage bedeutsamen Punkte irgendwie nennenswerth von ihr. Will man der Uebersicht halber die relevanten Bestimmungen herausheben, so rangiren nach denjenigen, die sich wegen ihrer Ansprüche überhaupt nicht in den Konkurs einzulassen brauchen, und den Berechtigten der 1. Klasse, die ex jure dominii und wegen verschiedenen anderen Rechtstiteln besonders privilegirt sind, in der 2. Klasse zunächst der Fiskus für alle Arten landesfürstlicher Abgaben, „für deren Entrichtung der Gemeinschuldner sowohl für seine Person als in der Qualität eines Besitzers unbeweglicher Grundstücke verbunden gewesen", jedoch nur für Rückstände aus den letzten 2 Jahren vor Eröffnung des Konkurses (356, Titel 50). Dann mit der gleichen zeitlichen Beschränkung, alle beständig fortlaufenden Lasten und Pflichten, „welche nach den Verfassungen [1]) eines jeden Ortes oder Kreises oder einer Provinz von dem Gemeinschuldner an Kreiskassen, Kämmereien, Gutsherrschaften oder an Kirchen- und Schulbediente zu entrichten sind", wozu unzweifelhaft auch der

1) Nicht auf dem Lokalrechte des Ortes, sondern besonderen Verträgen beruhende Abgaben ähnlicher Art rangiren, wenn sie nicht eingetragen sind, in der 5. Klasse (§ 358, 430 und 431).

Zehent gehört (§ 357). Nach einer großen Reihe anderer noch dieser Klasse zugewiesenen Ansprüche finden wir in der 3. Klasse alle im Grundbuche eingetragenen Forderungen nach der Zeitfolge ihrer Intabulation (§ 387). Die weiteren Bestimmungen lassen darüber keinen Zweifel, daß nicht nur Hypotheken, sondern Belastungen aller Art ins Grundbuch eingetragen werden und dadurch den Rang in dieser Klasse gewinnen können.

In der 4. Klasse finden wir neben vielen anderen Ansprüchen die mehr als zweijährigen Rückstände von öffentlichen Abgaben (§ 356, 396 u. 404), in der 5. Klasse u. a. „alle vermöge besonderer Kontrakte oder testamentarischer Dispositionen auf den zur Masse gehörigen Grundstücken haftenden jährlichen Abgaben", die nicht intabulirt sind (§ 430) [1], sowie den rückständige Kanon von Erbzinsgütern, und zwar mehr als 2 Jahre alte Rückstände unter allen Umständen, jüngere, wenn das Erbzinsverhältnis nicht verbüchert ist (§ 431). Der 6. und 7. Klasse sind solche Forderungen zugewiesen, die nicht aus einem liegenden Gute Deckung beanspruchen können.

Wie oben schon angedeutet, ordnet die Konkursordnung in ihren weiteren Bestimmungen für den Fall, daß ein Immobile zur Konkursmasse gehört, die Trennung der Immobiliarmasse von der allgemeinen Masse an und weist auf dieselbe mit Ausschluß anderer Berechtigter zunächst die Realgläubiger der 2. und 3. Klasse, und zwar von der letzteren die Kapitalsbeträge, die laufenden Zinsen sowie die Zinsrückstände aus den letzten zwei Jahren vor Ausbruch des Konkurses (§ 492 u. 512). Was nach Deckung dieser Ansprüche erübrigt, wird der allgemeinen Masse zugewiesen (§ 517).

Außerhalb des Konkurses im sogenannten Liquidations-

1) Hierzu gehören z. B. nicht intabulirte Renten, dann nach § 460 die auf bestimmte Güter angewiesene Alimente u. dergl.

prozeß, den der 51. Titel der Gerichtsordnung regelt, ist die reale Haftung des Gutes in etwas weiterem Umfange anerkannt, denn erstlich haben die Gläubiger bis einschließlich der 3. Klasse auch für ältere Rückstände an Zinsen Anspruch auf Befriedigung aus dem Werthe des Gutes (§ 51), und sofern dieser hinreicht, sollen auch die der 4. und 5. Klasse aus demselben bezahlt werden.

In dem hier für die einzelnen Fälle angegebenen Umfange ist die reale Verhaftung des Gutes für die darauf liegenden Reallasten unbestreitbar und auch wohl kaum bestritten; sie erstreckt sich in der Regel auf die während des Konkurses laufenden Zinsungen und die älteren Rückstände aus den letzten zwei Jahren. Zweifelhaft kann nur die Frage erscheinen, ob auch solche Rückstände sich dieser realen Deckung erfreuen, die unter einem früheren Besitzer, nicht erst während der Besitzdauer des letzten Eigenthümers fällig geworden sind[1]). Dagegen spricht wohl kaum der Umstand, daß die Konkursordnung bei den der 2. Klasse zugewiesenen (öffentlichrechtlichen) Reallasten nur solche Abgaben nennt, zu „deren Entrichtung der Gemeinschuldner verbunden" ist, die „von dem Gemeinschuldner zu entrichten sind" (§ 356 u. 357). Jedes Bedenken dieser Art wird nämlich dadurch beseitigt, daß aus § 182, I, 11 des Landrechtes unzweifelhaft hervorgeht, daß Rückstände öffentlicher Abgaben auf jeden Besitzer übergehen, eine Bestimmung, die ja, wie oben ausgeführt wurde, auch mit der älteren Rechtsauffassung im Einklange steht. Damit ist aber entschieden, daß für diese Gruppe öffentlicher Lasten nicht die Frage, unter wessen Besitz, sondern nur die, in welcher Zeit (ob vor oder nach den privilegirten zwei Jahren) die einzelnen Leistungen

---

1) Vergl. z. B. die verschiedene Beantwortung dieser Frage in der 3. und 4. Auflage von Förster's Preußischem Privatrecht.

fällig geworden sind, dafür entscheidend ist, ob und an welcher Stelle dieselben aus dem Gutserlöse zu decken sind. Läßt sich hieraus, wie Förster-Eccius[1]) hervorhebt, ein Schluß auf die Behandlung privatrechtlicher Reallasten allerdings nicht ableiten, so sind doch, wie mir scheinen will, dieselben Ergebnisse auch für diese auf anderer Grundlage zu gewinnen. Die Mehrzahl der privatrechtlichen Lasten, insbesondere das Rentenrecht, dürfte in der Regel der 3. Klasse, nämlich der Gruppe der verbücherten Rechte zugehört haben; denn die meisten werden wohl die Vortheile der Intabulation nicht in die Schanzen geschlagen haben. Für diese Gruppe, als deren Normalfall hypothekarisch sichergestellte Forderungen zu betrachten sind, fehlt jeder Anhaltspunkt, nach der Person des Besitzers Verschiedenheiten anzunehmen. Bei dem Pfandrechte gilt es doch wohl als selbstverständlich, daß das Gut auch für Rückstände früherer Besitzer verhaftet bleibt. Und da das Gesetz hier bezüglich der Haftung des Gutes für die verschiedenen Arten eingetragener Rechte in gar keiner Weise Unterscheidungen macht, sondern nur im Konkurse[2]), die eine Grenze setzt, daß Zinsrückstände aus älterer Zeit nicht mehr durch die Realmasse zu decken sind, so werden wir auch speziell für die Rückstände verbücherter Reallasten keine andere Unterscheidung aufstellen dürfen.

Die Ansprüche der 4. und 5. Klasse finden im Konkurse ihre Deckung überhaupt nicht aus der Realmasse, wohl aber bei Realexekutionen außerhalb des Konkurses, im sogenannten Liquidationsprozesse und zwar hier wieder ohne jede Unterscheidung, ob sie ursprünglich gegen den Exekuten oder seinen Besitzvorgänger fällig geworden sind. Für Reallastansprüche, die zur 4. Klasse gehören, die älteren Rückstände von öffentlichen Ab-

---

1) Preußisches Privatrecht III, 4. Aufl. S. 422.
2) Aber nicht im Liquidationsprozesse, s. o. S. 69.

gaben, folgt dies aus den gleichen Gründen, die oben für die Rückstände von öffentlichen Lasten der 2. Klasse angegeben wurden. Und für die 5. Klasse, die nicht intabulirten privatrechtlichen Reallasten, spricht, wie schon Förster-Eccius hervorgehoben hat, der Wortlaut der entscheidenden Paragraphen für die unterschiedslose dingliche Haftung des Gutes [1]).

Die dingliche Haftung der belasteten Realitäten für die laufenden und rückständigen Reallasten ist also nach den Bestimmungen des allgemeinen Landrechtes und der Gerichtsordnung von 1793 im weitesten Umfange anzunehmen.

An diesen Prinzipien haben auch die neueren Gesetze unseres Jahrhunderts in keinem wesentlichen Punkte Veränderungen geschaffen.

Hier sei nur darauf hingewiesen, daß die Konkursordnung vom 8. Mai 1855 die Rangordnung der Realgläubiger in Bezug auf Immobilien in der Weise bestimmt, daß nach Befriedigung der Masseschulden aus dem Erlöse eines Grundstückes die Rückstände der zur Erfüllung der Deichpflicht erforderlichen Beiträge aus den letzten zwei Jahren, dann mit der gleichen Beschränkung die Rückstände an direkten Staats- und anderen öffentlichen Abgaben, der Gesindelohn des letzten Jahres und endlich mit der durch den Zeitpunkt der grundbücherlichen Eintragung bestimmten Priorität alle nicht zu den öffentlichen Abgaben und Leistungen gehörenden Reallasten sowie die Hypotheken [2]) zu bezahlen sind (§ 46 ff.). An der Stelle, an welcher eine Reallast einzusetzen ist, kommen zunächst die lau-

1) § 430. Alle .... auf den zur Masse gehörigen Grundstücken haftenden jährlichen Abgaben .... § 431. Der von dem Zinsgute des Gemeinschuldners rückständige Kanon ... Förster-Eccius a. a. O. S. 422.

2) Außerhalb des Konkurses können arg. § 386 wohl auch nicht eingetragene Reallasten Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlöse gewähren.

senden, dann die rückständigen Prästationen der letzten zwei Jahre und endlich das Kapital zur Hebung, welches zur Ablösung der Last in dem Falle erforderlich ist, wenn der Ersteher die Last nicht übernimmt (§ 52). Die damit angedeutete Möglichkeit, die zu dem ältesten Rechte in schroffem Gegensatze steht [1]), ist wohl eine Konsequenz der Annäherung, die zwischen dem Rechte der privaten Reallasten und dem Hypothekenrechte erfolgt war. In demselben Maße, als der Grundsatz sich einbürgerte, daß durch exekutiven Verkauf von Realitäten die darauf liegenden Pfandrechte erlöschen und die Hypothekargläubiger mit ihren Rechten auf das Meistgebot gewiesen werden, konnte der gleiche Gedanke auch für die dem Hypothekenrechte eingegliederten privaten Rentenansprüche zur Geltung kommen.

Auf die wenigen neueren Gesetze, die unsere Frage berühren, hier näher einzugehen, bietet wenig Interesse, um so mehr, als die Grundsätze des wichtigsten unter ihnen, des Gesetzes vom 13. Juli 1883 „betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen", schon oben bei Besprechung des analogen bayrischen Gesetzes angedeutet wurden.

Weniger zahlreich und detaillirt, aber in mancher Beziehung nicht minder interessant sind die hierher gehörigen Bestimmungen der württembergischen Gesetze, auf die im Folgenden noch kurz eingegangen werden soll.

Da sei denn zunächst gleich Eingangs erwähnt, daß die ganze Gesetzgebung schon des 16 Jahrh., die sorgfältig darauf bedacht war, die Interessen der bäuerlichen Bevölkerung und, wäre es durch ein Bevormundungssystem, möglichst zu schützen, dem Rentenkaufe, als einem dem gefährlichen Zinsdarlehn

1) Vergl. oben S. 60, 64; vergl. übrigens als Vorläufer davon Allg. G.O. I, § 480.

verwandten Institute höchst mißgünstig gegenüberstand. Oft finden wir in den Landesordnungen die Bestimmung ausgesprochen und eingeschärft, daß die Begründung ewiger Zinsen und Gülten überhaupt nicht, aber auch zeitlich beschränkter nicht vorbehalts- und formlos zulässig sei. Immer wird die Bewilligung seitens einer Behörde und zwar bei ganz kleinen Beträgen des Gerichtes, bei größeren der landesfürstlichen Kanzlei, daneben in beiden Fällen auch die Eintragung in die Gerichtsbücher gefordert.

In letzterer Hinsicht enthält schon das erste Landrecht [1]) im Titel über das Pfandrecht unter der Ueberschrift „Verpfandung ligender gütter um schulden oder zinß, wie die beschehen soll" die Bestimmung: „Welcher ein ligend gut umb Schulden einsetzt und verunderpfandet, der soll das selb zum wenigsten in das Gerichtsbuch einschreiben lassen. Will er aber ein Zinß auf ein gut schlahen, so soll er es offentlich vor einem Gericht fertigen" und die nothwendige staatliche Bewilligung ausweisen. Sonst „soll die Verpfandung und Zinsverschreibung kein krafft haben". Diese Bestimmung, die in der revidirten Ausgabe [2]) von 1567 wörtlich wiederkehrt, zeigt deutlich, daß das Rentenrecht unter den Gesichtspunkt der Pfandbestellung gezogen ist, und daß die Form der Pfandbestellung als nothwendige Form um „ein Zins auf ein Gut zu schlagen" deklarirt wurde.

Auf diesen gesetzlichen Grundlagen erfolgte, wie Wächter [3]) schon hervorgehoben hat, für das Rentenrecht ein allmähliches Aufgehen in dem Pfandrechte selbst, und schon das dritte Landrecht (von 1610) hat in seinem Titel über das Pfandrecht (II,

---

1) New Landrecht des Fürstenthumbs Würtemberg 1554/1555. S. CLXXXIX.

2) Des Fürstenthumbs Würtemberg gemein Landrecht.

3) Württemberg. Privatrecht I, 1, S. 639.

7) jede Bestimmung, welche dem oben citirten § entsprochen hätte, weggelassen, gleichwohl aber den Gedanken, daß die Bestellung einer Gilt als Verpfändung zu betrachten sei, wie etwas Selbstverständliches behandelt [1]).

Neben den hier genannten und einigen wenigen anderen unsere Frage betreffenden Bestimmungen kommen insbesondere die Prioritätsordnungen und die Grundsätze über Legalpfandrechte in Betracht. Die einfachen Regeln der älteren Prioritätsordnungen [2]) lassen zunächst erkennen, daß dabei der Gedanke der beschränkten Haftung weder bei dem Pfandrechte noch sonst Berücksichtigung gefunden hat [3]). Das Gesetz setzt einfach voraus, daß das Vermögen des Schuldners zur Deckung seiner Passiven nicht ausreicht, und ordnet unter Bezugnahme auf das „keyserliche und gemeine Recht" die Reihenfolge, in der die einzelnen Ansprüche zu befriedigen sind, damit nicht einfach die Prävention entscheide. Nach den Begräbniß- und Krankheitskosten, sowie Liedlohnsforderungen sollen „der gemeine Nutz und Herrschaft den Vorgang haben, also daß, wo der .... Schuldner bar Gelt, Steuer, Schatzung, Frevel oder anders schuldig were bliben", das zunächst zu begleichen ist. Die Thatsache, daß jemand für seine Forderung ein eingesetzt oder verschriebenes Unterpfand hat, giebt ihm den Anspruch, unmittelbar nach den öffentlichen Schulden befriedigt zu werden, während die gesetzlichen stillschweigenden Pfandrechte wieder um eine Stufe später und dann an letzter Stelle die Chirographarier zu berücksichtigen sind. Das dritte Landrecht (1610)

1) Vergl. II, 7, § 7: „Welcher dem anderen etwas zu Pfand verschreibt, es sei um Schulden, Gülten und andere Sachen ....

2) Landrecht v. 1554 S. 131 ff., Landrecht 1567 S. 150 ff.

3) Das Landr. v. 1610 I, 75, § 18 spricht ausdrücklich aus, daß der Gläubiger, wenn das Gut für die Pfandschuld (der jede Rentenschuld, wie oben ausgeführt, gleichzuachten ist) nicht ausreicht, Anspruch auf Befriedigung aus anderen Vermögenstheilen besitzt.

weist, wie nebenbei bemerkt sei, dem gegenüber hauptsächlich den Unterschied auf, daß gesetzliche und ausdrückliche Pfandrechte nicht mehr gesondert, sondern promiscue nach der Zeit der Entstehung einrangirt werden — wie schon Wächter hervorgehoben hat, ein höchst zweifelhafter Gewinn. Die Realexekutionsordnung, auf deren z. Th. recht interessante Details hier nicht eingegangen werden soll, ist im Allgemeinen so geregelt, daß „Zins und Schulden", wenn der Werth des Gutes ausreicht, durch die Exekution nicht nothwendig in ihrem Bestande alterirt werden [1]).

Ueber Reallasten ist in allen den gesetzlichen Bestimmungen sehr wenig gesagt, wir finden nur Zins und die wenig beliebten Gilten als privatrechtliche und daneben manche öffentliche Lasten genannt, von denen manche gewiß Reallasten waren.

Ob diesen Reallasten des öffentlichen Rechtes eine dingliche Sicherheit gegönnt war, ob namentlich der Besitznachfolger für rückständige Leistungen dieser Art aufzukommen hatte, all dies ist nicht ausdrücklich geregelt, und vielleicht haben Wächter und seine Parteigänger Recht, welche eine solche Sachhaftung hier in Abrede stellen. Dann begnügte sich die öffentliche Gewalt mit den Privilegien, welche sie diesen Forderungen als persönlichen Ansprüchen gegen den ursprünglichen Schuldner einräumte, und die ihr wohl in der Regel die Einbringlichkeit gesichert haben mögen.

Die privatrechtlichen Reallasten wurden, wie oben angedeutet, völlig den Grundsätzen des Pfandrechtes unterstellt. Man kann daraus folgern, daß sie dadurch ihre Qualität als Reallasten eingebüßt haben, und daß namentlich alles, was an dinglichen Elementen sich in ihnen findet, eben nur Konsequenz der Hypothekenbestellung sei. Da aber das ältere

1) Vergl. Ldr. v. 1554 S. 124 ff., insb. S. 128, Ldr. v. 1567 S. 140 ff., insb. S. 147 und Ldr. v. 1610 I, 75.

und zum Theile auch noch das spätere Recht wenigstens in einzelnen Richtungen Hypothekar- und Gültenrecht unterscheidet[1]), so rechtfertigt sich m. E. die gewiß nicht belanglose Behauptung, daß für alles, was an privatrechtlichen Reallasten in Form von Zins- und Güttenrecht eine wenn auch nur bescheidene Anerkennung fand, gerade durch die gesetzliche und ausnahmslose Unterordnung unter die Regeln des Pfandrechtes das Prinzip einer realen Haftung in der unzweideutigsten Weise zur Geltung gebracht ist.

Die Landrechte aller Redaktionen kennen nämlich keinen Weg, um einen Zins auf ein Gut zu schlagen, als denjenigen, der dem Zins zugleich pfandrechtliche Sicherheit gewährt, und sie kennen somit auch keine privatrechtlichen Reallasten, in denen der Grundsatz sachlicher Haftung nicht zur Anwendung käme.

Die neueren Gesetze, wie namentlich das Prioritätsgesetz und das Pfandgesetz vom 15. April 1825 haben bekanntlich die für die ältere Zeit bestehenden Zweifel nicht beseitigt. Das sehr kurz gefaßte Prioritätsgesetz gewährt ein unbedingtes Vorzugsrecht und die Stellung in der ersten Klasse nach den Massekosten: (1) den laufenden Staats-Amtskörperschafts- und Gemeindeabgaben sammt den Rückständen von zwei Jahren und sodann (2) „den laufenden sowie den von den zwei nächst vorhergegangenen Jahren rückständigen Realrenten oder aus dem Realverbande schuldigen Geld- und Naturalleistungen, namentlich dem auf einem Realrechte beruhenden Leibgedinge". Dabei ist wohl zuzugeben, daß nicht ausdrücklich gesagt ist, daß auch die unter einem früheren Besitzer fällig gewordenen Leistungen aus den letzten zwei Jahren sich dieses Prioritätsrechtes vor allen Pfandrechten erfreuen. Aber mir will scheinen, daß niemand,

---

1) Vergl. Wächter, Handbuch des württembergischen Privatrechts I, 639 ff., 648.

der diese Bestimmungen, namentlich den Passus: die aus den letzten Jahren .. „rückständigen Realrenten oder aus dem Realverbande schuldigen Geld- und Naturalleistungen", unbefangen liest, darin eine Einschränkung auf die Besitzdauer des Kridars wie überhaupt eine Betonung seiner Persönlichkeit erblicken kann — man braucht dabei, wie ich meine, gar nicht an den sonst allgemein bestehenden Zusammenhang zwischen Realabgaben und dem Gute zu denken. Sobald man aber aus dieser Gesetzesstelle folgern darf, daß Rückstände dieser Art aus dem privilegirten Zeitraume schlechthin und ohne Rücksicht auf die Person des ursprünglichen Schuldners als Forderungen erster Klasse zu befriedigen sind, ist, so gut es im Rahmen einer solchen Prioritätsordnung eben möglich ist, der Grundsatz sachlicher Haftung anerkannt. Und diese Deutung, scheint mir, findet darin noch ihre Bekräftigung, daß das württembergische Gesetz vom 18. Aug. 1879 betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Art. 22, welcher festsetzt, was aus dem Erlöse eines verkauften Grundstückes als „Forderungen der Realgläubiger" zu decken sei, wortwörtlich die Bestimmungen des alten Priortiätsgesetzes wieder aufnimmt. Und wenn wir hier die Bestimmung finden, daß „1) die den Schuldner als Besitzer des Grundstückes treffenden Staats-, Amtskörperschafts- und Gemeindeabgaben und zwar die nach der Vollstreckungsverfügung fällig werdenden sammt den Rückständen des vergangenen Jahres"; „3) die laufenden sowie die vom letzten Jahre vor der Vollstreckungsverfügung rückständigen Realrenten oder aus dem Realverbande schuldigen Geld- und Naturalleistungen, namentlich das auf einem Realrechte beruhende Leibgeding ....", in dieser Reihenfolge aus dem Erlöse zu decken sind, so können wir, meine ich, dem Gesetze doch nicht die Ungenauigkeit zumuthen, die nöthig wäre, wenn wir bei dieser Bestimmung gerade nur an die in

der Besitzzeit des Exekuten fällig gewordenen Rückstände denken sollten. Es wird sonach wohl nothwendig sein, auch für die Reallasten des württembergischen Rechtes, die unter diese Bestimmungen fallen, dingliche Haftung, freilich mit zeitlicher Einschränkung auf die Rückstände der bez. des letzten Jahres anzunehmen.

Damit dürften wohl die wichtigsten Bestimmungen, welche die Gesetze Württembergs über unsere Frage enthalten, im Allgemeinen gekennzeichnet sein und es mag damit sein Bewenden haben. Im Zusammenhange damit sei hier nur noch der Hinweis auf die singulären Festsetzungen des jüngsten badischen Rechtes gestattet, das in älterer Zeit bekanntlich dem Gange des württembergischen Rechtes annähernd gefolgt, in diesem Jahrhunderte aber unter französischem Einflusse seine eigenen Wege gewandelt ist.

Speziell über unsere Frage bestimmt das badische Landrecht, auf das hier allein eingegangen werden soll: Art. 710 fg: „Die Gült haftet auf dem Genußrechte am Gute; nur derjenige, dem dieses zusteht, kann darum angegriffen werden; nur die laufenden und die zwei nächst zuvor verfallenen haben das Vorzugsrecht auf die jedesmaligen eingeheimsten Früchte, welches dem Pachtschilling gesetzlich verliehen ist.“ Art. 710 fh: „Das Grundeigenthum des Guts oder ein dritter Besitzer des letzteren kann für Gültrückstände nicht angegriffen werden, noch weniger mag dadurch ein Uebergang des Gutseigenthums an den Gültherrn begründet werden, selbst dann nicht, wenn die früheren Urkunden einen solchen Verfall ausdrücklich verfügten.“

Es braucht nicht erst hervorgehoben zu werden, daß diese Bestimmung von dem sonst giltigen Rechte vollständig abweicht. Während sonst eine wenigstens accessorische Haftung des Gutes für Gültrückstände als Regel nachweisbar war, ist sie hier ausdrücklich negirt. Dafür aber giebt das Gesetz dem

Gültgläubiger sowie dem Verpächter für seine Pachtforderung (Art. 2102) ein Vorzugsrecht auf den Ertrag der Ernte des letzten Jahres, also ein privilegirtes Pfandrecht an den Früchten, — was wieder, abgesehen von analogen Bestimmungen, die in manchen Zehentordnungen sich finden, im ganzen deutschen Rechtsgebiete vereinzelt dasteht.

Zum Schlusse sei noch als Beispiel dafür, daß auch in solchen Territorien, deren Gesetzgebung noch weniger als die der bisher besprochenen Länder sich mit den verschiedenen Reallasten befaßt, im Allgemeinen gleiche oder verwandte Grundgedanken zum Ausdrucke kamen, ein kurzer Hinweis auf die deutsch-österreichischen Länder gestattet. Aus dem unendlich diffusen Quellenmateriale dieser Gebiete mögen folgende charakteristische Bestimmungen Erwähnung finden.

Was zunächst das Zehentrecht als jene Form von Reallasten anlangt, die vielfach eine von dem sonst Ueblichen abweichende Normirung fand, so tritt auch in den österreichschen Territorien wie anderwärts der publizistische Charakter dieser Verpflichtung uns überall mit vollster Deutlichkeit entgegen. Häufig finden wir im Allgemeinen die Einschärfung dieser Pflicht; auch die Androhung strafrechtlicher [1]) oder rein vermögensrechtlicher [2]) Nachtheile findet sich in den verschiedenen Gesetzen ausgesprochen. Daneben wieder die Bestimmung, daß der Zehentherr durch eigenmächtige [3]) oder gerichtliche [4]) Pfändung zu seinem Rechte gelangen könne. Bezüglich der

---

1) So nach der neu reformirten Landesordnung der fürstlichen Grafschaft Tirol, 1573, V, 24.

2) Zehentordnung Ferdinand II. vom 14. Aug. 1628 (Codex austr. 2, 526): poena dupli.

3) Ebendaselbst, und n. ö. Landtafel (Entwurf von 1573) IV, 50.

4) Kärnthner Zehentordnung von 1577 § 14.

Frage der Haftung für Zehentrückstände sind vielleicht beachtenswerth die Bestimmungen der Kärnthner Zehentordnung von 1577, welche dem Zehentherrn die Pfändung auf dem zehentpflichtigen Grundstücke schlechthin gestattet, dann die oben (S. 79 Anm. 2) erwähnte Zehentordnung Ferdinand II., welche die auf dem zehentbaren Grunde noch vorhandenen Früchte der Pfändungsbefugnis des Berechtigten unterwirft, vor allem aber die Grundsätze, welche der unter dem Namen der niederösterreichischen Landtafel bekannte Gesetzentwurf[1]) ausgesprochen hat. Danach sollte (IV, 50) bei dem Wechsel in der Person der zehentpflichtigen Besitzer wegen rückständiger Leistungen der Zehentherr „nicht schuldig (sein) den ersten Inhaber des Grunds umb solche Ausstänt zu beklagen", sondern befugt sein, „denselben auf dem Zehengrunt selbst (zu) ersuchen und ohne einige Klag Pfendung für zu nehmen" — eine Bestimmung, welche in der deutlichsten Weise zum Ausdrucke brachte, daß für solche Zehentrückstände einerseits das Gut selbst bezw. die darauf befindlichen Gegenstände, andererseits aber auch der ursprünglich verpflichtete Besitzer verhaftet sei. Ein ähnlicher Gedanke liegt wohl auch dem sogenannten Tractatus de juribus incorporalibus vom 13. März 1679 zu Grunde, der freilich die sachliche Haftung auf die kurze Frist eines Jahres einschränkt, indem er bestimmt (§ 15): „Wann von einem Grund der schuldige Zehent mehr als ein Jahr ausständig verbleibt und solcher Grund vor der Bezahlung an jemand anderen verwendet wird, so kann der Zehendherr den Ausstand nicht bei der künftigen Fechsung oder dem gegenwärtigen Inhaber, sondern bei dem vorigen suchen." — Im Uebrigen sei hier noch erwähnt, daß

1) Die diesem Gesetzeswerke entnommenen Citate fußen auf dem mir von dem Herausgeber und Bearbeiter desselben, Herrn Rathssekretär Dr. Motloch, in der liebenswürdigsten Weise zur Verfügung gestellten, bis nun nur handschriftlich vorliegenden Texte.

das Zehentrecht nicht selten mit anderen herrschaftlichen Grundabgaben gemeinsam genannt und behandelt wird, daß es dem gegenüber aber auch nicht an Bestimmungen fehlt, welche es zu diesen in einen Gegensatz stellen [1]).

Die guts- und grundherrschaftlichen Abgaben und Leistungen — unzweifelhaft weitaus die bedeutendste und zahlreichste Gruppe von Reallasten auf österreichischem Boden — sind im österreichischen Gebiete vielleicht noch deutlicher als anderwärts von dem Gedanken des herrschaftlichen Rechtes getragen. Alle Gesetze, die davon handeln, legen dafür Zeugniß ab. Als Ausfluß der dem Berechtigten zustehenden herrschaftlichen Gewalt begegnen wir wiederholt einem gutsherrlichen Pfändungsrecht, das wenigstens auf den eigenen Gütern ohne gerichtliche Mitwirkung geübt werden durfte [2]); sie tritt auch in den zahlreichen bäuerlichen Dienst- und Robothleistungen zu Tage. Daß diese hier wie anderwärts wenigstens zum Theile als Reallasten vorkamen, darüber kann wohl kein Zweifel bestehen [3]).

Was die Haftung für grundherrschaftliche Zinsleistungen betrifft, so finden wir neben dem schon erwähnten Pfändungsrechte häufig des Rechts der Gutseinziehung gedacht, das der Herr meist nach dreijähriger Zinssäumniß auszuüben befugt war [4]). Besondere Beachtung verdienen vielleicht die folgenden Bestimmungen. Der Tractatus de juribus incorporalibus (VII, 4) regelt die Haftung für bergrechtliche Rückstände ähn-

1) Vergl. z. B. das Hofdekret vom 15. Jannar 1787, J.G.S. 620, lit. k.

2) N. ö. Landtafel IV, 10; Tractatus de jur. inc. VII, § 4; Tiroler Landordnung von 1573, V, 7. Daneben finden sich auch andere Exekutionsmittel; so z. B. nach dem steirischen Bergrechte von 1543 (Bestätigung von 1697), Art. 19, das Verbot, den Weingarten zu betreten.

3) Vergl. z. B. Tractatus de j. inc. V; n. ö. Landtafel IV, 36 ff.

4) Z. B. n. ö. Landtafel IV, 6; Tiroler Landordnung 1573, V, 7; Tractatus de j. inc. IV, 20. VII, 1.

lich wie es früher die n. ö. Landtafel für Zehentrückstände gewollt hatte[1]), so daß im Falle des Besitzerwechsels für Rückstände, die älter waren als 3 Jahre, nicht wie sonst Pfändung auf dem Gute, also Haftung des „gegenwärtigen Inhabers oder seiner Fechsung", sondern nur mehr persönliche Haftung des ursprünglichen Schuldners bestehen solle. Und die n. ö. Landtafel (IV, 7) bringt allgemein für solche grundherrschaftlichen Abgaben den Gedanken einer beschränkten Haftung zum Ausdrucke, indem sie unter Hinweis auf den Landsbrauch dem Grundherrn, der wegen Zinssäumniß ein Gut eingezogen hatte, jeden weiteren Anspruch gegen den Dienstmann abspricht[2]).

Außerdem wird in diesem Gesetzentwurfe für Steuern und andere gemeine Anlagen, sowie für Zehent, Bergrecht und alle andere Heeresanforderung dem Berechtigten ein stillschweigendes Pfandrecht an den belasteten Grundstücken zugesprochen (II, 16), zugleich mit dem Prioritätsrechte vor allen befreiten und unbefreiten Gläubigern (III, 115).

Die Konkurs- und Prioritätsordnungen, die in anderen Territorien meist ziemlich deutliche Anhaltspunkte über das Reallastenrecht gewährten, enthalten hier weit weniger Bestimmungen über diese Frage; sie sind wohl freilich auch sonst minder reichen Inhaltes. Wir finden hier speziell, was die Prioritätsordnung betrifft, wohl nur den Hinweis auf das gemeine geschriebene Recht, dem wenige ergänzende Bemerkungen beigefügt sind[3]). Die Fallitenordnung für das innerösterreichische

1) Vergl. oben S. 80.

2) Vergl. auch die steirische Exekutionsordnung vom 20. April 1725, XVI, welche freilich auf anderem Gebiete einen ähnlichen Grundsatz ausspricht.

3) Vergl. z. B. die steirische Gerichtsordnung von 1622 art. 67, die Handlungs- und Fallitenordnung von 1758, II, Art. 8 (Cod. austr. V, 1207 ff.) und die josephinische Konkursordnung.

Litorale von 1758 bestimmt gewissermaßen als Erläuterung des allgemeinen Hinweises auf das gemeine Recht die Zugehörigkeit der ärarischen Steuerforderungen zu der 1. Klasse [1]) und der grundherrschaftlichen Forderungen zu der 2. Klasse, also derjenigen Klasse von Forderungen, qui habent hypothecam privilegiatam i. e. cum personali privilegio conjunctam, der sich dann die simplices hypothecae in der 3. Klasse anschließen. An der gleichen Stelle zwischen den ganz privilegirten Forderungen, und den Pfandforderungen führt die josephinische Konkursordnung von 1781 im § 16 die landesfürstlichen und obrigkeitlichen Forderungen auf, die so zu klassifiziren sind, „wie es bisher kraft der bestehenden Gesetze üblich war", wozu dann das oben (S. 81 Anm. 1) erwähnte Hofdekret von 1787 ergänzend ausführt, daß Zehentforderungen zu diesen obrigkeitlichen Forderungen im technischen Sinne nicht zu zählen sind [2]).

Auch die großen kodifikatorischen Arbeiten des endenden 18. und des beginnenden 19. Jahrhunderts haben für die Reallastenfrage keine umfassende Regelung gebracht, und die weiteren Gesetze aus unserem Jahrhunderte haben zwar die große Gruppe der grundherrschaftlichen Lasten nebst dem Zehentrechte beseitigt oder in neue Formen gebracht; für die übrig gebliebenen fehlt es aber bis heute an ausreichenden allgemeinen Normen. Was so nebenher in den verschiedenen neueren Gesetzen darüber enthalten ist, was gelegentlich der Kodifikation des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches von 1811 vorgeschlagen und endlich beschlossen wurde, hat im allgemeinen schon Pittreich's vorzüglicher Aufsatz über die Real-

1) Unter Hinweis auf die Resolution Maria Theresias vom 4. März 1756 Cod. austr. V, 1230.

2) Von späteren Gesetzen ist zu vergl.: Allg. Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781 § 73 bis 99, westgalizische Gerichtsordnung vom 19. Dez. 1796 § 122 ff.

6*

lasten nach österreichischem Rechte [1]) klargelegt, weshalb ein Hinweis auf seine Darstellung hier gerechtfertigt erscheinen mag.

Aus der Geschichte der Kodifikation hebt er hervor, daß der unter dem Namen Codex Theresianus [2]) bekannte Entwurf zwei Gruppen von Reallasten strenge auseinander hält, von denen die eine (II, 29 § 139), — welche die Felddienstbarkeiten, „wodurch ein benachbartes Gut dem anderen zur Leistung gewisser Frohndienste verpflichtet ist", also im Allgemeinen die herrschaftlichen Lasten [3]) umfaßt, — konform mit den theoretischen Auffassungen jener Zeit dem Rechte der Servituten, zugewiesen wird, während die andere (III, 13), nämlich die der Erbzins-(Renten-)kontrakte in eigenartiger Weise dem Hypothekenrechte untergeordnet wird, indem die Begründung eines solchen Erbzinsrechtes als Reallast nur durch gleichzeitige Bestellung des Gutes zur Hypothek für zuläßig erklärt wird (§ 93).

Ergiebt sich für diese Gruppe von Reallasten aus der Hypothekbestellung, die ihre Begründung begleiten muß, die selbstverständliche Folge einer realen Haftung des Gutes für solche Leistungen, so wäre ein ähnliches Ergebniß für die herrschaftlichen Lasten aus ihrer oben besprochenen Behandlung in den Prioritätsordnungen zu folgern. Nur für solche Reallasten, die weder dem herrschaftlichen Rechte angehören, noch dem Hypothekenrechte eingeordnet sind, mag in dieser Richtung Zweifel bestehen — über sie hat eben der Codex Theresianus überhaupt keine Bestimmung getroffen.

Aber der hier besprochene Entwurf ist nicht Gesetz geworden; nach langen Berathungen, die gerade hier mehr als bloß redaktionelle Aenderungen brachten, ist der Text des all-

1) Oesterreichische Gerichtszeitung 1886, Nr. 48 ff.
2) Herausgegeben von Harras v. Harrasovsky, 1883.
3) Auch der Zehent gehört dorthin (§ 145).

gemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in seiner heute bestehenden Form zu Stande gekommen, der dem Reallastenrechte so gut wie gar keine Berücksichtigung gönnt. Die herrschaftlichen Lasten finden darin überhaupt keine Beachtung, weil sie öffentlichen, nicht privatrechtlichen Charakter tragen; und auch sonst erwähnt das Gesetz nur im Vorübergehen die Möglichkeit des Bestandes von Immobiliarlasten dieser Form (§ 443), ohne auf deren juristisches Wesen und ihre rechtliche Behandlung näher einzugehen.

So blieb das Recht der Reallasten auch nach dem bürgerlichen Gesetzbuche von 1811 ungefähr auf dem alten Standpunkte stehen, eine genauere Regelung hat es trotz der Anregungen, die während der Kodifikationsarbeiten hierzu gegeben worden waren, nicht erfahren. Es blieb dabei, bis die große Bewegung der Grundentlastung um die Mitte unseres Jahrhunderts die Lasten des grundherrschaftlichen Verbandes und das Zehentrecht beseitigte und neuere Gesetze für die übrigen am Leben erhaltenen Reallasten wenigstens einige der nothdürftigsten Bestimmungen gaben [1]).

Für das heutige Recht gestattet das Grundbuchsgesetz vom 25. Juli 1871 (§ 9) leider ohne jede weitere Begriffsbestimmung oder irgend welche Einschränkung die Intabulation von „dinglichen Lasten" und giebt (§ 18) „den drei Jahre rückständigen Ansprüchen auf jährliche Renten, Unterhaltsgelder und andere wiederkehrende Zahlungen" dieselbe Priorität, „welche dem Bezugsrechte selbst zukommt". Und in ganz ähnlicher Weise bestimmt § 34 der Konkursord-

---

1) Aus früherer Zeit ist vielleicht noch das Hofdekret vom 16. Sept. 1825, J.G.S. 2132 zu nennen, welches landesfürstlichen und grundherrlichen Abgaben kraft des ihnen nach § 16 C.O. zustehenden gesetzlichen Pfandrechtes auch außerhalb des Konkurses den Anspruch auf Befriedigung aus dem Kaufschilling gerichtlich versteigerter Realitäten zuspricht.

nung vom 25. Dezember 1868, daß „den nicht länger als drei Jahre vor der Eröffnung des Konkurses rückständigen, sowie den während des Konkurses fällig werdenden Ansprüchen auf jährliche Renten, Unterhaltsgelder oder andere wiederkehrende Zahlungen" dieselbe Priorität gebühre, welche dem Bezugsrechte selbst rücksichtlich der Realmasse zukommt.

Zu dem bestimmt der § 32 desselben Gesetzes allerdings zunächst nur für Dienstbarkeiten als Lasten des unbeweglichen Gutes, daß sie bei Verkauf desselben im Konkurse aufrecht zu erhalten und an den neuen Erwerber zu überweisen sind, daß aber, wenn dies ohne Schädigung vorhergehender Hypothekargläubiger nicht möglich ist, „der Entschädigungsanspruch für die nicht überwiesene Dienstbarkeit als Hypothekarforderung" an deren Stelle tritt. Da aber diese Bestimmung unzweifelhaft auf Reallasten analog anzuwenden ist [1]), so besteht auch für die Reallasten (in toto im Gegensatz zur einzelnen Leistung) eine „subsidiäre Hypothek, welche dann zum Leben gelangt, wenn bei der Zwangsversteigerung das eingetragene Recht selbst erlischt und an dessen Stelle ein Anspruch des Berechtigten auf Geldentschädigung tritt [2])." Wie nach diesem § für jede Reallast in toto subsidiär, so besteht nach den früher genannten §§ für die darin aufgezählten Formen derselben für die einzelnen Leistungen vorbehaltlos nur mit der dort angegebenen zeitlichen Schranke hypothekarische Haftung des Gutes. Das Gleiche galt, wie oben ausgeführt, für die heute freilich beseitigten grundherrlichen Lasten und gilt heute ebenso wie früher für die fiskalischen Reallasten, insbes. die Grundsteuern und Gebühren [3]).

Für andere als diese Reallastformen, wobei insbesondere

1) Vergl. insb. § 34 al. 2.
2) Pittreich a. a. O. S. 390.
3) C.O. § 31, Gebührengesetz vom 9. Febr. 1850 § 72.

an solche zu denken ist, die etwa Naturalleistungen zum Gegenstande haben, läßt sich, wie Pittreich weiter hervorhebt, „ein Pfandrecht der Einzelleistungen" nicht nachweisen, woraus zu folgern sei, daß es auch thatsächlich nicht bestehe [1]). Man mag die Richtigkeit dieser Folgerung zugeben, wird sich aber dabei vor Augen halten müssen, daß das eben jene Reallasten sind, für deren rechtliche Behandlung im österreichischen Rechte überhaupt jede positive Bestimmung fehlt, während alle Reallasten des heutigen Rechtes, bezüglich deren rechtliche Normen über die Haftungsfrage überhaupt gesetzlich aufgestellt wurden, dem Grundsatze der dinglichen Haftung, die neben der persönlichen besteht, ausdrücklich unterworfen sind. —

Ein Rückblick auf diese Detailausführungen giebt ein Bild ziemlich großer Mannigfaltigkeit und Zerfahrenheit, das hinter dem wirklichen Leben noch zurückbleibt, weil ja noch weitaus nicht alle Territorialrechte in den Kreis der Berücksichtigung gezogen wurden [2]).

Mit Ausnahme einiger weniger neuerer Gesetze aus unserem Jahrhunderte finden wir, wie schon Eingangs erwähnt, kein Gesetz, welches Normen über die Reallasten als ein einheitliches Rechtsinstitut, über ihr Wesen, ihren Inhalt u. dergl. feststellt. Dies letztere war vornehmlich der Theorie vorbehalten, die ja bekanntlich dabei nicht immer vom Glücke begünstigt war. Die gesetzlichen Normirungen, denen wir thatsächlich begegnen, erschöpfen sich meist in einer Regelung gewisser

1) Die wichtigste Gruppe von Reallasten, die einst hierher gehörten, die auf dem Grundherrlichkeits- bezw. Unterthänigkeitsverhältnisse fußenden bäuerlichen Dienstleistungen kommen für das heutige Recht nicht mehr in Betracht.

2) Zur äußerlichen Orientirung wären zu vergl. Motive zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich 3', 583 und neuestens Pfläger, Archiv f. civ. Praxis 81, 299 ff.

äußerer Fragen, welche für die im Leben anerkannten und gebräuchlichen Reallasten einer Entscheidung benöthigt sind und sie in den einzelnen Gegenden, sowie für die einzelnen Gruppen sehr verschieden gefunden haben. Die Gattungen von Reallasten, welche dabei genannt werden, sind dieselben, die wir aus früherer Zeit kennen lernten: öffentliche Abgaben an Kirche, Staat und andere öffentliche Korporationen, namentlich Steuern, die in den letzten Jahrhunderten erst recht zur Blüthe kamen, dann Abgaben, Zins- und Dienstleistungen, die auf Grund herrschaftlichen Rechtes an die „Obrigkeit" oder Grundherrschaft zu leisten waren, dann die in gewissen Formen und Anwendungsfällen dem herrschaftlichen, in anderen dem privaten Rechte angehörigen Institute des Leihezinsrechtes, sowie des Auszugs- und Leibzuchtsrechtes und endlich als Reallast rein privatrechtlichen Charakters das Rentenrecht in all den Formen, welche die ablöslichen und unablöslichen, ewigen und zeitlichen Renten jeweils angenommen haben. Andere Reallasten, namentlich privatrechtlicher Art, kommen in diesen Gesetzen nicht vor.

Wie die Besprechung der verschiedenen Prioritätsordnungen zeigte, hat die Rezeption des fremden Rechtes indirekt manchen Einfluß auf unser Rechtsinstitut geübt. Bekanntlich wurde im Allgemeinen das im spätrömischen Rechte ausgebildete System der mannigfaltigsten General- und Spezialhypotheken, privilegirter und nicht privilegirter Pfandrechte und Forderungen in jener Zeit, die auch sonst dem Privilegienwesen weiten Spielraum gönnte, mit all seinen gesunden Gedanken, aber auch mit all seinen Auswüchsen rezipirt und hat den Boden geschaffen, auf dem die deutschen Reallasten in Hinkunft ihr Fortkommen suchen und finden mußten. Irgendwo im Rahmen dieses reichgegliederten Systemes haben die Reallasten nach allen Territorialgesetzen ein Plätzchen gefunden und die spätere Gesetzgebung hat dann im Einzelnen noch viel zu bessern und zu bösern gewußt.

Diese Einreihung erfolgte nicht immer, nicht überall und nicht für alle Reallasten in der gleichen Weise. Wenn wir vom Münchner Ewiggeld, dessen ganz exemte Behandlung in die Augen fallend ist, absehen, so läßt sich im Allgemeinen etwa Folgendes sagen. In den ältesten Gesetzen finden wir die Reallasten meist im Anschlusse an die öffentlichen Abgaben, mit dem Privilegium fiskalischer Ansprüche genannt [1]). Dabei sind aber auch fast immer nur öffentliche und herrschaftliche Lasten aufgeführt [2]). Das ursprünglich kurze und spärliche Verzeichniß gewinnt allmählich reichere Gestaltung und neben den öffentlichen und herrschaftlichen Lasten tauchen auch die privaten, insbesondere das Rentenrecht in seinen verschiedenen Formen auf [3]). Aber die so erweiterte Gruppe verliert an innerer Festigkeit und wird oft in Theile zerrissen. Die fiskalischen Ansprüche wollen besser gestellt sein [4]), und andererseits büßen die privatrechtlichen einen Theil ihrer privilegirten Stellung ein. Da sie ihrer wirthschaftlichen Funktion und äußeren Form nach, sowie durch ihre Zugehörigkeit zum Privatrechte mit den zinsbaren Hypothekardarlehen viel gemein haben, ist es, wo eine solche Ausscheidung erfolgt, meist die Stelle des letzteren, der sie zugewiesen oder in deren Nähe sie eingereiht werden [5]). Diese Annäherung selbst aber ist bald nur äußerlich und beschränkt sich dann auf jene Einreihung [6]), bald erstreckt sie sich auch auf das formelle und materielle Recht, indem die für die Begründung von Hypotheken gebräuchlichen Formen auch für die Errichtung von solchen Reallasten ver-

1) Vergl. oben S. 36, 43, 50, 51, 61, 62, 74, 82, 83.
2) Vergl. oben S. 36, 50, 74, 83.
3) Vergl. oben S. 43, 48, 51, 62.
4) Vergl. oben S. 62, 67, 76, 83.
5) Vergl. oben S. 52, 63, 64, 65.
6) Vergl. oben S. 64, 65, 68, 71.

langt werden [1]) oder gar das Renten- und Zinsrecht vollständig vom Hypothekenrecht aufgesaugt wird [2]).

Dies die äußere Behandlung der Reallasten in den diversen Prioritätsgesetzen; sie blieb aber auch nicht ohne Einfluß auf ihren rechtlichen Inhalt. Da man namentlich anfänglich das ganze Vermögen als eine einheitliche, ungetheilte Masse betrachtete [3]), welcher die verschiedenen gegen den Kridar gerichteten Ansprüche wieder als eine einheitliche, nur nach den jeweils angegebenen Grundsätzen gegliederte Masse gegenüberstand, so war es selbstverständlich, daß die dem älteren Zinsrechte eigene Auffassung einer beschränkten Haftung mit bestimmten Vermögenstheilen, wenn sie sich aus der früheren Zeit herüber ja noch irgendwie erhalten hatte, unter der Herrschaft des neuen Systemes nicht von Bestand bleiben konnte. Sie fand schlechterdings nicht mehr den Boden, auf dem sie hätte fortkommen können. Andererseits bestand aber doch auch der Regel nach eine dingliche Haftung des Gutes für die einzelnen Reallastleistungen. Die hier gebrachten Detailausführungen zeigten, daß in dem Rechte der letzten Jahrhunderte die sachliche Haftung für öffentliche und herrschaftliche Reallasten, abgesehen von singulären Bestimmungen über das Zehentrecht, fast ausnahmslos nachgewiesen werden konnte, und daß andererseits, was an privatrechtlichen Reallasten im Zins- und Rentenrechte einer gesetzlichen Regelung unterworfen wurde, wieder fast ausnahmslos den Gedanken einer realen Verhaftung des Gutes [4]) unterstellt war — freilich oft in der Weise, daß diese

1) Vergl. oben S. 52.

2) Vergl. oben S. 57, 73 fg., 84.

3) Ausnahmen oben S. 52, 82, wo die Reallastansprüche auf den Gutserlös eingeschränkt sind.

4) Anders nur das Badische Landrecht, welches dieselbe ausdrücklich ausschließt, dafür aber die Früchte einer Haftung unterwirft.

Lasten schlechthin den Grundsätzen des Hypothekenrechtes eingefügt wurden. Nur die Reallasten des grundherrlich bäuerlichen Rechtes, die in der Pflicht zu persönlichen Dienstleistungen an den Grundherrn bestanden, haben sich meist ausschließlich gegen die Person der „Unterthanen" gerichtet, womit natürlich die Grundsätze einer realen Haftung nicht vereinbar waren.

Die dingliche Verhaftung aber, die für die übrigen Reallasten die Regel bildete, ist nun nicht mehr wie ehedem im Rentenrechte, Ausfluß und Konsequenz des dasselbe beherrschenden Grundgedankens einer (eben auf jenes Gut) beschränkten Haftung, sie ergiebt sich vielmehr im Rahmen dieser Gesetzgebung nur indirekt, indem einerseits die alte Grundanschauung, daß „das Gut zinst", dahin gewirkt hat, daß im Konkurs- und Liquidationsverfahren nicht nur die ursprünglich gegen den Kridar bezw. Exekuten, sondern schlechthin die innerhalb eines bestimmten Zeitraumes fällig gewordenen Ansprüche eine bevorzugte Berücksichtigung fanden, und indem andererseits die Priorität, mit welcher sie aus dem Massenvermögen oder auch speziell aus dem Gutserlöse zu befriedigen waren, insbesondere die Thatsache, daß die schlechtest gestellten Reallasten die Priorität der Pfandrechte genossen, ihnen eine sichere Deckung, wenn nicht aus anderen Vermögenswerthen, so doch aus der Realität verbürgten.

Wirthschaftlich blieb meiner Ueberzeugung nach das Schwergewicht auf jenen realen Haftungselementen liegen, für die rechtliche Betrachtung aber waren dieselben allerdings nur mehr auf Umwegen und indirekt zu erschließen; sie traten völlig in den Hintergrund gegenüber der anderen Thatsache, daß sich der Anspruch eben nicht darin erschöpfte, sondern uneingeschränkt gegen das Gesammtvermögen gerichtet war.

Und so war für die Theorie die Möglichkeit gegeben, zu

weiteren Schlußfolgerungen zu gelangen. Die meisten der neuentstandenen Lehren haben in dem Bestreben, das allen Reallasten Gemeinsame zu ergründen — wie nebenbei bemerkt sei — das inhaltliche Gebiet der Reallasten unbewußt erweitert, indem sie eine Reihe von Verpflichtungen, die seit jeher nur als Ausfluß eines herrschaftlichen Rechtes bestanden, als möglichen Inhalt der Reallasten überhaupt und damit auch der Reallasten des Privatrechtes angeno mmen haben, und sind so zu der im älteren Rechte gewiß nicht begründeten Ansicht gelangt, als könnte jedwede Verpflichtung privatrechtlich als Reallast auf ein Gut gelegt werden; gewisse Richtungen der neuen Lehre haben aber auch, indem sie, der Ausgestaltung des modernen Rechtes folgend, für die juristische Konstruktion das Schwergewicht auf das Moment der persönlichen (unbeschränkten) Haftung gelegt haben, die namentlich auf dem Boden des Privatrechtes thatsächlich bestehenden dinglichen Elemente zum großen Theile unbeachtet gelassen. Und dies hat speziell dadurch seine Bekräftigung und Steigerung erfahren, daß es noth that, gegenüber der älteren Lehre, welche Reallast und Hypothek nicht zu scheiden wußte, den Gegensatz zwischen beiden aufs schärfste zu betonen. Zu diesem Ende aber mußte natürlich gerade auf den Charakter der Reallastschuld als einer persönlichen Schuld mit aller Entschiedenheit hingewiesen werden, während es andererseits ganz nahe lag, die Haftung des Gutes, die jene Verwirrung angestellt hatte und die bei manchen öffentlichen und herrschaftlichen Reallasten thatsächlich fehlte, aus dem Begriffe der Reallasten allgemein auszuscheiden.

So wird es m. E. begreiflich, daß vielleicht die Hauptströmung der modernen Doktrin mit einer großen Zahl von Anhängern dahin kommen konnte, die bekannten zwei Elemente (Leistungspflicht und deren Anknüpfung an Grund

und Boden) als das allein Wesentliche im allgemeinen Reallastbegriffe hinzustellen, wozu als „accessorische Modifikationen hinzutreten können: Succession in die vor dem Besitzantritte fällig gewordenen Leistungen, Einschränkung der Haftung auf die vires fundi, hypothekarische Haftung des Grundes“ [1]).

III.

Haben die bisherigen Ausführungen sich bestrebt, eine allgemeine Ueberſicht zu entwerfen, welche Rechtsverhältnisse im Laufe der Zeiten entstanden sind, deren Eigenart man unter den gemeinsamen Begriff der Reallasten zusammenfassen konnte, und welche rechtlichen Grundsätze dabei jeweils Anwendung fanden, so ist nunmehr noch die theoretische Seite des Problems kurz zu berühren, die Frage nämlich, welche allgemeinen Ergebnisse auf Grund des vorliegenden thatsächlichen Materiales zu gewinnen sind. Für diese Frage drängen sich, wie mir scheint, zunächst etwa die folgenden Erwägungen auf.

Schließen wir uns im Allgemeinen dem Gange an, den die geschichtliche Entwickelung selbst genommen, so können wir für die älteste und weitaus größte Gruppe von Realbelastungen, die rechtliche Grundlage in einer öffentlichrechtlichen, herrschaftlichen Gewalt erblicken, welche dem Berechtigten über das belastete Gut oder über die Person seines Besitzers oder endlich über beide zugestanden ist.

Dies gilt zunächst in allen Formen öffentlicher staatlicher wie kommunaler Besteuerung des Grund und Bodens von den ältesten Zeiten herauf bis in unsere Tage. Dies wird kaum einer Begründung bedürfen. Die Form hat sich vielfach verändert und im Wechsel der Zeiten hat Intensität und

1) Pittreich, a. a. O. S. 367.

Umfang jener „Abgabenerhebungsgewalt" manche Einbuße und Erweiterung erfahren, im Kampfe mit einer mehr privatrechtlichen Behandlung aller öffentlichen Gewalten ist das publizistische Moment vielleicht nicht selten recht weit zurückgedrängt worden; aber bei all den Wandlungen lag doch in ihm stets der Kern jener Gewalt, auf Grund deren der König und die Gemeinden, Fürsten und Städte und endlich auch die Kirche Steuern und Abgaben von ihren Untergebenen und Angehörigen erhoben.

Diese publizistische Gewalt selbst erstreckte sich zunächst über die Personen, die jenem Rechtskreise angehörten, sie erfaßte aber auch mit größerer und geringerer Intensität den Grund und Boden. Für die ältere Zeit, die den öffentlichen Gewalten einen so mächtigen Einfluß über den Grundbesitz gönnte, wird dies wohl kaum einer Anfechtung unterliegen, aber auch für das moderne Recht wird man, ohne Gefahr zu laufen, sich in die Lehre vom dominium eminens zu versteigen, dem allgewaltigen Staate eine weitergehende publizistische Macht über die einzelnen Theile seines Territoriums nicht abzusprechen geneigt sein.

Anstoß könnte eine analoge Auffassung vielleicht bei der kirchlichen Zehentsteuer erregen. Faßt man nämlich den Zehent als eine Abgabe vom Bruttoertrage auf, welche die Kirche von ihren Angehörigen für ihre geistlichen Zwecke in Anspruch nahm, so tritt das persönliche Moment entschieden in den Vordergrund. In diesem Sinne erstreckte sich ja das Zehentrecht bekanntlich nicht nur auf den Fruchtertrag liegender Güter. Das Schwergewicht des Zehentrechtes lag aber doch immer auf dem letzteren Gebiete, und wenn hier die Kirche soweit ging, den Zehent vom Bodenertrag, unbekümmert um die Religionsangehörigkeit des Besitzers zu verlangen, so liegt hierin doch der Ausdruck des im mosaischen Rechte ausgesprochenen Gedankens, daß aller

Grund und Boden dem göttlichen Rechte unterworfen ist, welches eine Ertragsquote zur Verherrlichung Gottes für seine Diener in Anspruch nimmt.

Auch bei den Vogteiabgaben und all den zahllosen Zinsungen und Leistungen, die auf hofrechtlichem und grundherrschaftichem Boden sich entwickelt hatten, begegnen wir solchen Gewaltverhältnissen als rechtlicher Grundlage der Verpflichtungen, Gewaltverhältnissen, die freilich untereinander sehr verschieden waren und auch von der vornehmlich publizistischen, hoheitlichen Gewalt, wie sie dem Staate, der Kirche und weltlichem Gemeinwesen zustand, nicht unwesentlich abweichen, die aber doch im Rahmen des Privatrechtes, wenigstens eines Privatrechtes im romanistisch modernen Sinne keinen Raum finden, uns also auf das Gebiet des öffentlichen Rechtes oder wenigstens auf das Grenzgebiet mit seinem gemischten publizistisch-privatrechtlichen Charakter hinüberweisen.

Auch diese herrschaftliche Gewalt umfaßte bald mit größerer, bald mit geringerer Intensität den ihr unterworfenen Grundbesitz, wie die darauf wohnenden Leute. Soweit sie unmittelbar gegen die Hofleute gerichtet war, prädominirte wohl, wenn wir uns modern ausdrücken wollen, das publizistische Moment, das mit der fortschreitenden Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Unfreien und Knechte in immer weiterem Umfange an die Stelle der ursprünglichen, rein sachenrechtlichen Auffassung des Rechtsverhältnisses zwischen Herrn und Knecht treten mußte. Die herrschaftliche Gewalt über das liegende Gut enthielt neben publizistischen auch privatrechtliche Elemente, von denen je nach der konkreten Lage der Dinge bald die einen, bald die anderen mehr zur Entwickelung kamen. —

Die Schicksale, welche all diese dem öffentlichen und herrschaftlichen Rechtskreise angehörigen Reallasten im weiteren Verlaufe erfuhren, waren ziemlich mannigfaltig. Zum Theile haben

sie sich rein privatrechtlichen Reallasten genähert oder sich ganz in solche umgewandelt und dann naturgemäß ihr rechtliches Schicksal getheilt, wovon später noch näher zu sprechen ist. Zum Theile haben sie unverändert ihren alten Charakter bewahrt; die ungezählten Arten bäuerlicher Dienstleistungen, wie Frohnden und Robot und Abgaben aller Art, welche die Grundherrschaften, solange sie überhaupt als solche bestanden, bis in unser Jahrhundert herein von den „Unterthanen" verlangten, haben ihre rechtliche Natur im Laufe der Jahrhunderte kaum geändert, wenn auch die Intensität der herrschaftlichen Gewalt in manchen Zeiten eine Verstärkung und dann auch wieder manche Abschwächung erfahren mochte. Und ähnlich steht es auch mit den Steuern, welche der Staat und andere öffentliche Korporationen von ihren Angehörigen in Form von Grundabgaben für sich in Anspruch nahmen, mag immerhin die Entwickelung der letzten Zeiten nicht unbedeutende technische Vervollkommnungen gebracht haben.

Die Grundentlastung aber, welche in unserem Jahrhunderte durchgeführt wurde, hat dann mit manchen privaten Lasten alle diejenigen beseitigt, die Ausfluß der alten Grundherrschaft und der Grundunterthänigkeit waren, und so kennt unser heutiges Recht nur rein öffentliche Abgaben des Grund und Bodens und rein private Reallasten, während die große Mittelgruppe, die seit jeher beide verband, und der weitaus die meisten Reallasten des älteren Rechtes gehörten, nun völlig aus dem Leben geschwunden ist.

Zur ersteren Gruppe gehören vorwiegend die Realsteuern, welche zu Gunsten des Staates, der Gemeinde oder anderer öffentlichen Korporationen und Verbände[1]) den Grundbesitz belasten; sie sind juristisch meist so ausgestaltet, daß die Pflicht,

1) z. B. auch die Deichverbände und Wasserrechtsgenossenschaften.

welche das öffentliche Recht in dieser Form den Einzelnen auferlegt, als eine persönliche Pflicht gilt, zu deren Erfüllung einerseits er selbst mit seinem ganzen Vermögen persönlich und andererseits das belastete Grundstück innerhalb gewisser zeitlicher Schranken mit seinem Werthe verhaftet ist. Als Ausfluß des Hoheitsrechtes, auf dem diese Rechtsordnung fußt, erscheint sie in jeder Beziehung völlig einleuchtend und klar, und die Rechtstheorie hat wenig Anlaß gefunden, auf diese Reallasten des öffentlichen Rechtes näher einzugehen, nicht selten hat sie all diese Fälle ausdrücklich aus dem Kreise ihrer Betrachtung ausgeschlossen. —

Von juristisch größerem Interesse sind die rechtlichen Grundlagen und Wandlungen derjenigen Reallasten, die ganz oder doch vorwiegend dem Privatrechte angehören.

Unter allen hierher gehörigen Reallasten spielen, wie ja allbekannt ist, durch das ganze Mittelalter hindurch die Zinsungen des Leihe- und Rentenrechtes weitaus die hervorragendste Rolle. Bis herauf in unsere Zeit sind sie etwa neben dem Auszugsrechte [1]) die einzigen privatrechtlichen Reallasten, deren die Gesetze Erwähnung thun. Sie waren ursprünglich, soweit nicht noch herrschaftliche Momente hereinragten, auf dem Grundgedanken einer Haftung aufgebaut, die das belastete Gut mit aller Energie erfaßte und sich wohl in der Regel über dieses Gut im Wesentlichen nicht hinaus erstreckte [2]). Diese Konzentration der Ansprüche auf das Gut selbst, welche die ältere rechtliche Ausgestaltung beherrscht und vollständig erklärt, hat im Verlaufe der Zeiten Abschwächungen und Erweiterungen erfahren. Einerseits erlitt das Recht des Zins- und Renten-

1) Das jedoch in der Regel von herrschaftlichem Einflusse nicht frei ist, und wo es frei ist, sich meist dem Renten- oder dem Servitutenrecht anschließt.

2) Vergl. oben S. 20 ff.

gläubigers, sich, wenn der Zinspflichtige seiner Verpflichtung nicht nachkam, sofort und unmittelbar an das Gut zu halten, manche Einbuße, andererseits wurde der Haftkreis oft bis auf den Umfang des ganzen Vermögens erweitert, wobei freilich meist noch eine vorzügliche Verhaftung des belasteten Gutes selbst in irgend einer Art bestehen blieb. Mit dem Zurücktreten dieser dinglichen Rechte — bez. bei jenen Reallasten, die sich aus ursprünglich herrschaftlichem Gebiete allmählich zu Reallasten des Privatrechtes umwandelten, auch dieser herrschaftlichen Momente — näherten sich dann die Reallasten in Praxis und Theorie immer mehr jener rechtlichen Gestaltung, wie sie am Schlusse des vorhergehenden Abschnittes gekennzeichnet wurde.

Indem eine nähere Betrachtung dieses Entwickelungsganges und der darin maßgebenden Faktoren, sowie die rechtstheoretische Verwerthung des Gesagten einem etwas späteren Orte vorbehalten bleibt, sei es hier gestattet, zunächst einige der theoretischen Ausführungen kurz zu besprechen, welche unserem Probleme gewidmet worden sind.

Auf all die zahllosen älteren Reallasttheorien, die immer wieder in neuer und geänderter Form das Problem zu erklären versuchten, zurückzugreifen, erscheint für den hier verfolgten Zweck wohl entbehrlich. Ihre große Mannigfaltigkeit ist zum Theile durch die gleiche Mannigfaltigkeit der Reallasten selbst und die Möglichkeit einer sehr verschiedenen Betrachtung, die bald diese, bald jene Momente in den Vordergrund rückt, begründet; die Unzulänglichkeit von sehr vielen hängt, abgesehen von manchen theoretischen Verirrungen auch damit zusammen, daß eine einzelne Gruppe mit besonderen Eigenthümlichkeiten allen weiteren Deduktionen zu Grunde gelegt wurde, und die für ein Gebiet vielleicht richtig gewonnenen Ergebnisse durch ihre Uebertragung auf andere Fälle sich nicht als ausreichend

und entsprechend erwiesen, wodurch jeder neuen Theorie der Boden geebnet war, allen vorhergehenden Irrthümer und Unrichtigkeiten nachzuweisen. So verlockend es wäre, auf diese theoretischen Irr- und Wanderfahrten unter dem Gesichtspunkte einer geschichtlichen Betrachtung näher einzugehen, so muß derlei doch aus dem Rahmen dieser Ausführungen ausgeschlossen werden, und nur die jüngste der dem mittelalterlichen Rechte gewidmeten Theorien, die sich gegen die Berechtigung gerade derjenigen Fragestellung und Untersuchungen wendet, welche hier zur Grundlage genommen wurden, und die typischen Formen der für das moderne Recht im Allgemeinen anerkannten Lehren sollen hier kurz Erwähnung finden. —

In einer von allem Vorhergehenden abweichenden, völlig neuen und originellen Weise sucht Heusler[1]) dem Reallastprobleme beizukommen. Ihren Ausgangspunkt nehmen seine Ausführungen von der Thatsache, daß im deutschen Rechte eine ganze Reihe von Rechtsamen, die in irgend einer Weise mit liegendem Gute zusammenhängen, dem rechtlichen Verkehre wie dieses letztere selbst unterworfen waren und dabei auch nach den Grundsätzen des Immobiliargüterrechtes behandelt wurden. Neben anderen Rechten, die für uns weniger belangreich sind, verweist Heusler in dieser Beziehung auf „alle die vielen, mannigfaltigen, aber juristisch gleichartigen Fälle von Rechtsamen aus herrschaftlicher Gewalt, wie Grafschaftsrecht, Gerichtsbarkeit, Vogteirecht, die Regalien, Patronat, Bannrechte, Gefälle aller Art", und als zweite Gruppe auf die Reallasten, die in einzelnen Formen mit gewissen Arten der zuerst genannten Gruppe zusammenfallen.

Sie alle sind ihm Rechte, die „überhaupt nur als Objekte des Sachenrechtes, als Gegenstand des Eigenthums, der ding-

---

1) Institutionen des deutschen Privatrechtes 1, § 68—71.

lichen Rechte, der Gewere, der dinglichen Klage u. s. f. im Rechtsleben zur Erscheinung und zur Verwerthung gelangen können" (S. 336) und selbst „weder als dingliche noch als obligatorische Rechte konstruirt werden" können. Als dingliche nicht, „weil nach der Struktur des deutschen Sachenrechtes nur diejenigen Rechte dinglich sind, welche in der Gewere an der Sache, an der sie bestehen, zur Ausübung kommen", als obligatorische nicht, „weil sie nicht in einem persönlichen Anspruche an eine verpflichtete Person ihren Inhalt finden oder gar sich darin erschöpfen" (S. 341). Und unter demselben Gesichtspunkte verweist er die Reallasten in das Gebiet der Rechtsobjekte, womit jede weitere Frage, welcher Kategorie von Rechten sie angehören, sowie nach den rechtlichen Grundlagen, auf denen sie aufgebaut sind, einfach abgeschnitten wird.

Bezüglich der ersten obengenannten Gruppe hebt Heusler hervor, — und darin wird man ihm gewiß gerne beistimmen — daß es sich hier überall um Ausübung einer Gewalt handelt, deren Inhalt, — mag er auch oft vermögensrechtliche Bedeutung haben, — doch weder den dinglichen noch den obligatorischen Rechten zuzuzählen ist. Auch das kann man noch zugeben, daß diese Rechte in den vermögensrechtlichen Verkehr gleich einer Sache nur als Rechtsobjekte gelangen können, „nur als Gegenstand des Eigenthumsrechtes des Gewalthabers" (S. 342). Völlig unzulässig und die Veranlassung zu verhängnißvollen Schlußfolgerungen ist aber die weiter reichende Behauptung, daß diese „unkörperlichen Immobilien" Rechtsamen seien, „die überhaupt nur als Objekte des Sachenrechtes im Rechtsleben zur Erscheinung und zur Verwerthung gelangen können" (vergl. oben S. 99). Dagegen ist m. E. auf das entschiedenste Widerspruch zu erheben. Denn es wird wohl kaum einer Begründung bedürfen, daß jene Gewalten und Rechte, wie Gerichtsbarkeit, Grafschafts-, Vogtei-, Patronats-, Zoll-,

Münz- und Jagdrechte oder wie sie sonst noch heißen mögen, ganz unabhängig davon, daß sie als Objekte dinglicher Rechte im Güterverkehre stehen konnten, selbständig und ohne Rücksicht auf diese Möglichkeit sehr entschieden im Rechtsleben zur Erscheinung gekommen sind, und daß dabei, wie wohl nicht erst auszuführen ist, jedes von ihnen seine Eigenart entwickelt und eine oft höchst bedeutsame Rolle gespielt hat.

Mit dem Hinweise auf die Behandlung dieser Rechte gleich Immobilien ist wohl nur eine Seite ihrer Bedeutung und ihrer Erscheinungsformen im Rechtsleben berührt, ein mehr äußerliches Moment, das über ihren inneren Gehalt und über ihr Wesen nichts besagt. Es bedarf wohl keiner Begründung, daß mit einem solchen Hinweise die Frage nach dem Inhalte und der juristischen Natur z. B. der Grafenrechte in keiner Weise beantwortet wäre.

Auch Heusler ist dies bezüglich der Rechte, die er in die erste Gruppe zusammenfaßt, nicht entgangen. Er bezeichnet dieselben als Befugnisse zur Ausübung einer Gewalt, die im Einzelnen verschiedenen Inhaltes sein kann, wie die Gewalt, „Gericht zu halten, Münze zu schlagen, Zölle zu erheben" 2c. und untersucht diese Gewalten insoweit, um zu konstatiren, daß „sich ihr Inhalt weder in der Beherrschung einer Sache, noch in der Anspruchnahme einer fremden Handlung oder Unterlassung äußert, sie also weder ein dingliches noch ein Forderungsrecht", sondern, wie wir wohl ergänzend hinzufügen dürfen, ein Recht publizistischen Charakters sei.

Um so überraschender sind zum Theile die Behauptungen, die Heusler auf Grund dieser Darlegungen der Reallastenfrage widmet. Dem Hinweise, daß die Reallasten wohl schlechthin in allen Beziehungen im Güterverkehre die gleiche rechtliche Behandlung erfahren und den gleichen Grundsätzen unterworfen sind (§ 68, 2), folgt (§ 70) die Nutzanwendung des über die

anderen „unkörperlichen Immobilien Gesagten auf unser Problem: „Kann man sich nämlich der Ueberzeugung nicht verschließen, daß die Reallasten ihrem juristischen Wesen nach mit jenen Rechtsamen durchaus gleichartig sind, so haben wir sofort den maßgebenden Gesichtspunkt vor Augen ..... Denn Reallasten sind die kraft eines Gewaltverhältnisses, und zwar einer Abgabenerhebungsgewalt, bestehenden Belastungen von Grundstücken mit Gefällen aller Art." Wir wollen dieser Definition ihre Berechtigung zugeben, aber wenn Heusler weiter fortfährt: „Woher jene Gewalt stammt, ob aus dem Machtgebote des Königs, wie bei dem Zehent, ob aus dem Eigenthum des Grundherrn an dem belasteten Gute, wie bei dem Grundzinse, ob aus einer Einräumung seitens des Eigenthümers an den Berechtigten, wie bei Vogteizins, ist rechtlich unerheblich", so ist das der Punkt, gegen welchen die früheren Bemerkungen den Angriff vorbereiten sollten.

Heusler selbst hat die Behauptung von der Gleichartigkeit des juristischen Wesens der Reallasten mit den anderen früher besprochenen Rechten nur durch den Nachweis ihrer Behandlung als Rechtsobjekte im Güterverkehre zu begründen versucht — ein Vorgehen, das begründet wäre, träfe jene Voraussetzung zu, daß all diese Rechte nur als Objekte dinglicher Rechte im Rechtsleben zur Erscheinung und zur Verwerthung gelangen können.

Aber ebensowenig wie nach den obigen Ausführungen das Wesen jener öffentlichen Rechte, die Heusler in der ersten Gruppe aufführt, in ihrer Immobilien gleichen Behandlung liegt oder gar sich darin erschöpft, ebensowenig wird man dies von den Reallasten behaupten dürfen. Und wenn, wie mir unbestreitbar scheint, bei allen den von Heusler aufgeführten Rechten mit Einschluß der Reallasten ihre Behandlung

als Immobilien praktisch zwar höchst bedeutsam, aber doch eigentlich nur etwas Aeußerliches ist, das Wesen und Inhalt nicht berührt, dann darf aus der äußeren analogen Behandlung nicht auf innere Wesenseinheit geschlossen werden. Es fehlt vielmehr für die inhaltliche Gleichstellung der verschiedenen Gruppen die nothwendige Begründung, und diese könnte nur durch Untersuchung des inneren Gehaltes der einzelnen Rechtsformen erbracht werden.

Dann mag man immerhin die Reallastberechtigung als den Ausfluß einer Gewalt, „der Befugniß, von den ihr unterworfenen Gütern eine Grundabgabe zu erheben", bezeichnen, aber Quelle und Wesen jener Gewalt, sowie die Art ihrer Bethätigung ist dann nicht „rechtlich unerheblich", sondern rechtlich geradezu entscheidend. Für die rechtliche Qualifizirung müßte eine Untersuchung gerade in dieser Richtung erfolgen, und wie dieselbe, soweit sie Heusler angestellt hat, für die eine Gruppe ergab, daß jene Gewalt weder ein dingliches noch ein Forderungsrecht (weil überhaupt kein Privatrecht) ist, so kann sie für das Gebiet der Reallasten für gewisse Formen wohl zu dem gleichen, vielleicht aber für manche andere Formen auch zu dem entgegengesetzten Ergebnisse führen: daß jene Gewalt rein privatrechtlicher Art und als solche wohl gar auch ein dingliches oder ein Forderungsrecht oder eine Verbindung von beiden sei.

In diese Untersuchungen, für die Heusler von vornherein jede Möglichkeit und Veranlassung abschneidet, muß aber, wenn anders die obigen Erwägungen zutreffen, das Schwergewicht des Ganzen gelegt werden. Denn solange diese Untersuchung fehlt, ist das Problem, das uns in dieser Reallastenfrage gegenübersteht, nur auf jenen räthselhaften und undefinirten Gewaltsbegriff hinübergewälzt, aber nicht gelöst, und doch bedarf die Rechtswissenschaft, namentlich wenn es sich

darum handelt, legislativ-politische Vorschläge zu begründen, m. E. die strikteste Beantwortung gerade dieser Frage.

So dürfte, wie mir scheint, Heusler's Lehre trotz der geistvollen Behandlung eines reichen und ergiebigen Quellenmateriales und der bestrickenden Form der Darstellung der Vorwurf nicht erspart bleiben können, daß sie unter der Flagge jenes einen verhängnißvoll irreführenden Wörtchens „nur“ sanft und glatt über jene Punkte hinübergleitet, bei welchen so manche Schwierigkeit, aber, wie mir scheinen will, auch die Möglichkeit einer tieferen Erkenntniß erst beginnt.

Nicht minder zahlreich, wenn auch in den Hauptfragen weniger divergirend als die dem älteren Rechte gewidmeten theoretischen Versuche, sind diejenigen Theorien, welche von dem modernen gemeinen deutschen Rechte oder den verschiedenen Partikularrechten ihren Ausgang nehmen. Von ihnen gedenken manche ziemlich ausführlich der Vergangenheit unseres Rechtsinstitutes [1]) und namentlich der Hinweis, daß ein großer Theil der mittelalterlichen Reallasten nicht privatrechtlicher Natur waren, sondern dem herrschaftlichen Rechte angehörte, tritt uns nicht selten entgegen. Bei Bluntschli und Reuner [2]), der freilich zu weit geht, wenn er meint, alle älteren Reallasten auf diesen Gedanken zurückführen zu können, hat dieser Gedanke auch einen gewissen Einfluß auf ihre dem modernen Recht geltende Theorie geübt. Andere haben keine solchen rechtsgeschichtlichen Erwägungen vorhergeschickt, sondern haben sich nur mit dem modernen Rechte beschäftigt. Leistungspflicht und Verknüpfung derselben mit dem belasteten Grundstücke

---

1) Vergl. z. B. Stobbe, D.P.R. 2, § 100.

2) Privatrechtsverhältnisse, Kiel 1866, S. 78 ff.; auch Exner, Tradition S. 43 ff. insb. Anm. 62 weist mit Grund auf diesen Umstand hin.

sind überall in den Vordergrund der Diskussion gestellt, wie beides rechtlich ausgestaltet und juristisch zu konstruiren ist, darin bestehen die brennenden Fragen, die immer wiederkehren.

Darüber, daß die einzelnen Leistungspflichten dem Obligationenrechte zuzuweisen sind, besteht heute wohl völlige [1]) Harmonie der Meinungen, — mit gutem Grunde; allgemeine juristische Ueberlegungen, wie die konkreten Bestimmungen der Partikulargesetze lassen darüber keinen Zweifel aufkommen. Um so widerstreitender sind die Anschauungen über die rechtliche Natur der Gesammtheit der Leistungspflicht und ihre Verbindung mit Grund und Boden. Annahme eines dinglichen Rechtes zur Erklärung all der hier auftauchenden Fragen auf der einen Seite, Negirung eines solchen von der anderen Seite, daneben Streitigkeiten über die Art und Weise, wie beides zu denken, und endlich die Bestreitung der Berechtigung einer solchen Fragestellung überhaupt, das sind die hauptsächlichsten Gegensätze, denen wir dabei begegnen.

Auch hier soll nicht auf alle die Einzelansichten eingegangen werden, nur zwei der wichtigsten Gruppen mögen in ihren Hauptvertretern kurz gekennzeichnet werden. Zunächst die eine, welche die Reallast in toto bez. das ihr entsprechende Recht als ein dingliches, den Einzelanspruch als ein Forderungsrecht bezeichnet [2]).

Diese Lehre hat zunächst Wächter [3]) dahin formulirt, daß er den Reallasten gemischten Charakter zuspricht, sie einerseits dinglichen Rechten gleichstellt, indem „die Verpflichtung als

1) Die Ansicht Mann's, Untersuchungen über den Begriff der Reallasten, 2. Ausgabe, Dessau 1872, wird wohl dagegen kaum ernstlich in Betracht kommen.

2) Eine Zusammenstellung der Vertreter dieser Meinung bei Gengler, D.Pr.R. (4. Aufl.) S. 274.

3) Württemberg. Privatrecht 2, 312 und Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrechte 1, S. 126 ff.

Ganzes genommen eine auf dem Grundstücke ruhende, bleibende Last bildet, welche nicht bloß die Person des Besitzers sondern die Sache selbst affizirt und mit ihr auf den Erwerber übergeht", während sie andererseits „in den einzelnen Leistungen in rein persönliche Rechte übergehen und als Obligationen erscheinen, die mit einem Grundeigenthum verknüpft sind". Das erste begründet er mit dem Hinweise, daß sie als Recht im Ganzen unmittelbar gegen die Sache selbst gehen, der Berechtigte sich nicht auf eine besondere obligatorische Thatsache, sondern schlechthin auf sein erworbenes Recht an der Sache stützt, sowie Besitz, Ersitzung, dingliche Klage [1]) 2c. anerkannt sind. Bezüglich des zweiten Momentes verweist er darauf, daß nach württembergischem Rechte die verfallene Leistung „nicht mehr als Schuld des belasteten Gutes, sondern bloß als persönliche Schuld des Besitzers der Sache, zu dessen Besitzzeit sie gerade verfiel'", behandelt wurde, und keine dingliche Haftung, namentlich auch kein Anspruch gegen späteren Besitz bestehe.

Auf ganz analogen Grundlagen giebt Unger [2]) zunächst für das österreichische, aber auch mit dem Anspruch gleicher Berechtigung für das gemeine Recht die Definition: Es „erscheint das Recht auf die Reallasten an sich und im Ganzen als ein unmittelbar an und auf dem Grundstücke haftendes Recht, dessen Inhalt darin besteht, daß der Berechtigte von dem jeweiligen Besitzer des Grundstückes als solchem einzelne positive Leistungen fordert; in diesen einzelnen Leistungen geht das Recht in ein rein persönliches aus und erscheint sonach in seinen einzelnen Ausflüssen [3]) als ein wahres Forderungs-

1) Ueber die Bedeutung dieser Momente vergl. die Ausführungen im Texte, unten S. 112, sowie am Schlusse dieses Abschnittes.

2) System des österr. allg. Privatrechtes 1, 560.

3) Ueber die Art, wie man sich solche persönliche Ausflüsse eines dinglichen Rechtes etwa denken könne, vergl. auch die wohl bedenklichen Ausführungen von Dunker, Die Lehre von den Reallasten 1837, S. 67.

recht. Die Reallast ist somit ein dingliches Recht, aber ein anomales dingliches Recht, da den Inhalt wiederkehrende positive Leistungen bilden, und das ganze Rechtsinstitut ist als gemischtes anzusehen, in welchem dingliche und persönliche Rechtsverhältnisse in eigenthümlicher Weise zusammentreffen." Von den weiteren Ausführungen, die Unger daran anschließt, sei nur auf die Behauptung verwiesen, daß der Nachfolger im Besitze nicht für die Rückstände seines Vorgängers hafte, „außer wenn er als Universalsuccessor in dessen Obligation eintritt, oder wenn die Rückstände ausnahmsweise mit einer Hypothek bedeckt sind." (S. 563.)

Was nun zunächst das zuletzt genannte Moment anlangt, daß der Einzelanspruch eine rein persönliche Forderung sei, die jeder sachlichen Haftung entbehre, so haben die Ausführungen des 2. Abschnittes wohl zur Genüge gezeigt, daß diese Behauptung im gemeinen Rechte als allgemeine Regel nicht begründet ist. Sie hat auch speziell für Württemberg, dessen Recht Wächter seiner Darstellung zu Grunde legte, darauf hingewiesen, mit welchen Einschränkungen und wie sehr mit Vorsicht sie zu nehmen sei[1]). Und auch Unger vermag dafür keinen Beweis zu erbringen[2]).

Wäre diese Annahme aber richtig, dann beginnen erst recht die Schwierigkeiten bezüglich der Konstruktion der

1) Vergl. oben S. 75 ff.

2) a. a. O. S. 563 Anm. 33. Die dort angeführten Lehrmeinungen sind in einer so kontroversen Frage gewiß kein Beweis; von den drei citirten Quellenstellen gehört eine dem preuß. L.R. an (II, 7, § 493); bezüglich dieser hat Förster-Eccius (Preuß. Priv.-R. 3, 421 Anm. 58) erwiesen, daß sie nicht besage, was Unger darin liest; die zweite aus dem bayr. L.R. II, 10, § 4 spricht vom Zehentrecht und ist, wie oben S. 40 f. gezeigt wurde, ganz singulärer Natur; so bleibt nur die dritte aus dem badischen Landrechte § 710, über dessen ganz singulären Charakter (vergl. oben S. 78 f.) wohl kein Zweifel bestehen kann, so daß man sich darauf zur Begründung einer gemeinrechtlichen Lehre gewiß nicht berufen darf.

Gesammtlast als eines dinglichen Rechtes. Es ist wohl ein sehr „anomales dingliches Recht", dessen „Inhalt wiederkehrende positive Leistungen bilden" und auch Wächter's „Last", die auf dem Gute ruht, vermag die Schwierigkeiten nicht zu beseitigen. Will man die Frage nach der Qualität eines Rechtes nach dessen Inhalt entscheiden, auf welchem Standpunkte ja doch beide Autoren stehen, dann ist schlechterdings nicht abzusehen, wie ein dingliches Recht hier zu konstruiren wäre. Dagegen stellt sich einer solchen Annahme keine Schwierigkeit entgegen, wenn man sich hier auf den realen Boden des Lebens stellt, und das nicht übersieht oder hinwegleugnet, was nach den Ausführungen des 2. Abschnittes wohl als große Regel namentlich für die privatrechtlichen Reallasten angenommen werden muß — die dingliche Haftung des Gutes für die einzelnen Rückstände [1]). —

1) Von dem bei Unger und Wächter gerügten, auch von anderen Autoren übernommenen Irrthume in dieser Beziehung hat sich u. a. Dernburg (Preußisches Privatrecht I⁴, S. 477 ff.) freigehalten und so gewinnt auch seine Darstellung einen viel einheitlicheren, ganz harmonischen Charakter. — In allerjüngster Zeit hat Pflüger in der oben S. 84 Anm. 1 genannten Abhandlung die Reallasten neuerlich als „dingliche Forderungsrechte" qualifizirt, wobei jedoch „dinglich" nach seiner Terminologie etwas wesentlich anders bedeutet, als man insgemein darunter versteht. Nach m. E. rein äußerlichen Momenten stellte er schon in einer früheren Abhandlung (Archiv f. civ. Praxis 79, 406 ff.) als Gegensatz zu den „Forderungen" einen höchst eigenartigen Begriff eines „Besitzrechtes" auf. Daneben nimmt er einen zweiten Gegensatz von dinglichen und persönlichen Rechten an, der sich mit der zuerst angegebenen Unterscheidung kreuzt, so daß es dingliche wie persönliche Besitzrechte, ebenso wie dingliche und persönliche Forderungsrechte gebe. Diese Dinglichkeit der Rechte kennzeichnet sich ihm dadurch, daß dieselben im Konkurse sich des Separationsrechts erfreuen. „Der Konkurs ist der Prüfstein der Dinglichkeit" (a. a. O. 79, S. 424). In Anwendung auf die Reallasten äußere sich diese „Dinglichkeit" 1) für die Reallast als ganze darin, „daß sie unversehrt auf den übergeht, der das dienende Grundstück im Konkurse oder in der Zwangsversteigerung ersteht" (a. a. O. 81, S. 329); 2) für die einzelne Forderung darin, daß „der

Dieser einen theoretischen Strömung gegenüber steht die andere, welche durch Bestreitung jedes dinglichen Elementes in dem Reallastenrechte die eben besprochenen Schwierigkeiten beseitigt und das ja auch von den Vertretern der anderen Richtung als hochbedeutsam anerkannte obligationenrechtliche Moment zum ausschließlich Bestimmenden für unsere Frage erhebt.

Nach älteren Ansätzen[1]), wie sie z. B. schon in der Albrecht'schen Kritik des Dunker'schen Buches[2]) erblickt

---

Gläubiger das Recht auf abgesonderte und vorzugsweise Befriedigung aus dem belasteten Grundstücke hat" (S. 299), wofür er, wie oben S. 34 schon erwähnt, eine Reihe Belegstellen anführt. Wenn nun auch dieses Recht auf Befriedigung aus dem belasteten Gute von einem wirklichen Separationsrechte weit entfernt ist (vergl. z. B. die oben S. 42 ff. angegebenen Bestimmungen aus dem bayerischen Rechte über das Ewiggeld, dem ein wirkliches Separationsrecht zustand, mit den sonst gewöhnlichen Bestimmungen über Reallasten, bei denen schlechthin der Grundsatz sachlicher Haftung anerkannt ist), und wenn demnach nur ein gekünstelter Uebergang (S. 297 f.) die Gleichstellung beider vermitteln konnte, so ist doch der Hinweis auf die angeführten thatsächlichen Momente gewiß vollauf berechtigt. Nur scheint mir eine ruhige Betrachtung, wie im Texte weiter unten ausgeführt werden wird, eben zu dem Ergebnisse zu führen, daß neben den persönlichen Ansprüchen in verschiedenen Formen sachliche Haftung einhergehe, und es will mir zweifelhaft vorkommen, ob die Pflüger'schen Ausführungen, die darauf nicht weiter eingehen, sondern es sich schlechthin mit der Einordnung der Reallastansprüche unter den neu entdeckten Dinglichkeitsbegriff genügen lassen, wirklich zur Klärung der Reallastenfrage beitragen können. — Diese Begriffsbestimmung selbst, bei welcher ein Moment, das im Allgemeinen als Folgeerscheinung einer tiefer liegenden Begriffswesenheit gilt, selbst zur Begriffswesenheit erhoben wird, dürfte aber — zumal in der allgemeinen Form, in der sie intendirt ist und in der sie etwa auch für Zeiten und Länder gelten sollte, wo ein Konkursverfahren und ein Konkursrecht noch gar nicht bestand oder sich in recht primitiven Formen bewegte — kaum in allzu weiten Kreisen Beifall finden.

1) Vergl. Stobbe, D.P.R. 2, 249, 30.

2) Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft von Richter und Schneider V (1839) S. 316 ff.

werden können, hat Gerber zuerst in seinem deutschen Privatrechte (1. Auflage 1848) und dann ausführlicher in zwei speziell unserem Thema gewidmeten Abhandlungen [1]) diese Lehre mit aller Konsequenz entwickelt und durchgeführt und zwar, wie er selbst ausdrücklich hervorhebt [2]), nicht als Theorie des mittelalterlichen, von herrschaftlichen Verhältnissen so vielfach durchsetzten Rechtes, sondern für die Gegenwart, „wo sich die Reste jenes Institutes nach ihrer Ablösung von vogtei-, gerichts- und gutsherrlichen Verhältnissen als rein persönliche Beziehungen darstellen" oder auch noch darüber hinausschreitend, für die Zukunft mit der Absicht, den juristischen Gedanken klarzulegen, der „unabhängig von den zum Theile überwundenen Zuständen auch künftig als Inhalt eines Personenwillens gelten kann".

Von diesen leitenden Gedanken ausgehend, charakterisirt er das Wesen der Reallasten dahin (a. a. O. 2, 43), „daß es die Verpflichtung zu fortgesetzten, periodisch wiederkehrenden Leistungen sei, welche dem Besitzer eines Grundstückes als solchem obliegen". Danach ist ihm die Verpflichtung zu Leistungen das prinzipale Moment, zu dem als zweites, mehr äußerliches die Anknüpfung dieser Verbindlichkeiten an ein bestimmtes Grundstück hinzutritt.

Ebenso wie die Vertreter der früher besprochenen Meinung ignorirt Gerber die Thatsache, auf die oben im 2. Abschnitte so vielfach hingewiesen wurde, die Thatsache, daß in weitaus den meisten Fällen von realen Belastungen das Grundstück selbst für jene Lasten verhaftet war, daß dem Gläubiger meist ähnlich wie bei dem Pfandrechte ein Anspruch auf Befriedigung aus dem Werthe des Gutes zustand. Ihm ist das Grund-

1) Jb. für Dogmatik 2 (1858) S. 35—61 und 6 (1863) S. 266—285.

2) A. a. O. 2, 43 und 6, 266.

stück „lediglich der äußere Leiter des Forderungsverhältnisses"; die Rolle, welche es hierbei spielt, ist „eine ganz äußerliche, nicht mit seiner materiellen physischen Beschaffenheit zusammenhängende"; es „hat seine ganze Betheiligung erfüllt, wenn es die unbestimmte Obligirung durch Präsentation eines Individuums in eine bestimmte verwandelt hat" (S. 54 f.). Damit ist vielleicht nur klarer und präciser dieselbe Gedankenrichtung zum Ausdrucke gebracht, die auch manchen Formen der oben besprochenen Mittelmeinung zu Grunde liegt und logisch richtiger als jene Meinung, die, auf den gleichen Gedanken fußend, diese Verknüpfung der Last mit dem Grund und Boden als dingliche Belastung, das ihr gegenüberstehende Recht als dingliches Recht auffaßt, negirt Gerber und mit ihm manche Neuere in den hier geschilderten Rechtselementen jeden Bestandtheil dinglicher Art.

Er verweist vielmehr die Reallasten und zwar sowohl die Einzelleistungen wie die Reallast in toto auf das Gebiet des Obligationenrechts, und zwar bestimmen ihn die Rechtsgrundsätze, welche für das rechtliche Schicksal des Gesammtverhältnisses, z. B. für Verjährung, Klagrecht u. s. w. entscheidend sind zu der Auffassung, daß auch die Reallast als Ganzes eine Obligation sei und zwar eine Obligation mit gespaltenen Leistungen, nicht nur ein Komplex vielfacher Einzelobligationen. „Die einzelne Leistung ist eine dynamische Wirkung der Gesammtkraft der Obligation, nicht aber eine materielle Ausscheidung aus ihrer Substanz" (S. 47). Diese eine Obligation ist freilich ein etwas sonderbares juristisches Ding, sie hat z. B., wie Gerber selbst ausführt, die Eigenheit, daß „Zahlung . . . . . in keiner Weise als Zerstörungsgrund dieser Art Obligationen zu denken" ist. — Begreiflicherweise sind gerade dagegen frühzeitig [1]) Einwendungen und Angriffe erhoben

1) v. Meibom in Bekker und Muther's Jahrbuch 4, 499 ff.

worden, und was Gerber zur Bekräftigung seiner Lehre selbst noch angeführt hat [1]), wird kaum geeignet sein, alle Bedenken zu beseitigen. Jedenfalls liegt hierin der wundeste Punkt in dem Systeme, das Gerber auf Grund der von ihm gewählten Prämissen in logisch klarer und konsequenter Weise aufgebaut hat.

Es ist ein kleiner Schritt, den Mitteis [2]) auf dem von Gerber eingeschlagenen Wege weiter gethan hat, um auch diese letzten theoretischen Schwierigkeiten zu beseitigen. Auch er steht völlig auf dem Standpunkte der Gerber'schen Lehre, auch er sieht in den Reallasten nur an den Besitz von Grund und Boden geknüpfte Obligationen, nur stellt er über die Einzelleistungen nicht jene metaphysische Gesammtobligation, als deren „Pulsschlag" und „dynamische Wirkung" diese zu deuten wären. Ihm führen die Reallasten, als Ganzes betrachtet, „als selbständige Rechtsindividuen nur eine Scheinexistenz, indem sie nichts anderes bedeuten, als die in gewissen Beziehungen erfolgende juristische Zusammenfassung ganzer Reihen von Einzelobligationen". Diese Zusammenfassung betrifft die Verjährungsfrage, die bücherliche Radizirung, die Zuerkennung von Präjudizialklagen und besonderen Gerichtsständen u. dergl., was alles nur auf dem Zwecke praktischer Angemessenheit und Vereinfachung beruht. „Mit voller Sicherheit" ergiebt sich ihm aus all dem, „daß der lange fortgesponnene Streit, ob die Reallasten als solche dinglicher oder obligatorischer Natur seien, völlig gegenstandslos ist, indem denselben eigentlich überhaupt gar keine, daher auch weder eine dingliche, noch eine obligatorische Existenz zukommt." „Vielmehr ist die Reallast als solche weder ein Forderungs- noch ein dingliches Recht, sondern

1) Jb. f. Dogmatik 6, 266 ff.

2) Die Individualisirung der Obligation, 1886, S. 85.

nur die einheitliche Vorstellung, zu welcher wir eine Anzahl von ihrerseits wohl wieder als obligatorisch zu bezeichnenden Ansprüchen zu praktisch einheitlicher Behandlung zusammenfassen."

In dieser Theorie ist alles klar und einfach; der Begründer einer solchen Reallast schafft eine — und wäre es auch gedankenmäßig unendliche — Reihe von Einzelverpflichtungen, jede mit ihrem bestimmten Inhalt, jede fällig an einem bestimmten Termine. Die Gläubigerrolle in diesen Obligationen ist entweder individuell oder vielleicht auch indirekt, durch den Besitz eines Grundstückes oder des Schuldbriefes, die Schuldnerrolle für alle Zeiten durch den Besitz (Eigenthum) des belasteten Grundstückes bestimmt. Jeder Erwerber dieses Grundstückes ist verpflichtet, „weil er sich in einen Zustand versetzt hat, aus dem nach einem rechtlich begründeten Verhältnisse für ihn eine Obligation erwachsen mußte [1])." Auf den einmal angenommenen Prämissen ist das Ganze allen Anforderungen der juristischen Logik entsprechend vom Anfange bis zum Schlusse durchgebildet. Nur daß die Prämissen selbst vielleicht nicht über alle Anfechtbarkeit erhaben sind, und daß die wirthschaftliche Verwendbarkeit eines solchen Rechtsinstitutes, wenn es etwa in Zukunft einmal wirklich bestände, höchst zweifelhaft erscheint.

Jene Ausgestaltung, wie sie sich Gerber und seine Nachfolger denken, wonach die Reallasten so ganz äußerlich mit dem Grundstücke zusammenhängen, das ihnen korrelate Recht das Grundstück selbst in keiner Weise erfaßt, ist nämlich de lege lata wohl nur höchst vereinzelt zur Geltung gekommen. Die Ausführungen, welche oben im zweiten Abschnitte gegeben wurden, dürften wohl zum mindesten den Beweis erbracht

1) Gerber, Jb. f. Dogmatik 2, 55.

haben, daß die Behauptung[1]) Gerber's, „die Reallasten stehen an und für sich in der Regel (nämlich abgesehen vom Zehnten) mit der sachlichen Natur des Grundstückes in gar keiner Beziehung", mit der Mehrzahl der oben besprochenen Partikularrechte in Widerspruch steht.

Hier sei nur noch des einen Umstandes gedacht, daß dem Begründer dieser Lehre Gerber selbst gewisse Bedenken gegen dieselbe und namentlich gegen ihre Verwerthbarkeit in der Praxis nicht entgangen sind[2]), Bedenken, die wohl niemand als grundlos bei Seite schieben kann: gegenüber dem „vollkommen berechtigten Trieb unserer Zeit, den Grund und Boden . . . frei zu machen und unseren Nachkommen in seiner vollen Integrität zurückzugeben", das Rechtsinstitut der Reallasten erst wieder neu beleben! gegenüber der bedeutungsvollen Frage, ob nach den wirthschaftlichen Veränderungen der jüngsten Vergangenheit und unter den bestehenden Zuständen der Gegenwart das Institut nicht „gänzlich aus dem Systeme des heutigen Privatrechtes gestrichen werden müsse": nicht mehr als die bescheidene Antwort, daß dies doch „nicht unbedingt bejaht werden müsse", daß „sich vielmehr auch jetzt noch eine praktische, obschon enge Sphäre seiner Wirksamkeit denken" lasse. Und nun praktische Beschränkungen aller Art, die bestimmt sind, dem Rechtsinstitute, das abstrakt und der Theorie nach keine Beschränkung und Begrenzung in sich trüge, eine Stätte unschädlichen Waltens zu sichern: Kündbarkeit, zur Beseitigung des Einwandes, welcher sich gegen die Ewigkeit der Belastung richtet — das besagte noch wenig; dann aber, und das ist doch gewiß bedenklicher, die Nothwendigkeit einer sorgfältigen obrigkeitlichen Kontrolle, welche die wirthschaftliche Angemessen-

1) a. a. O. S. 63.

2) Vergl. seine Ausführungen a. a. O. S. 63 ff.

heit der Reallastbegründung in concreto zu prüfen hätte, die eine solche nicht zulassen dürfte, wenn z. B. das für die Rente gegebene Kapital für irgend welche mit dem zu belastenden Grund und Boden „in gar keiner Verbindung stehende Zwecke" verwendet würde. Und da es „sehr schwer" oder sagen wir unmöglich ist, „für diese Beschränkung eine ganz scharfe juristische Formulirung zu finden", zum Schlusse gar noch die Nothwendigkeit, die Entscheidung über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Reallastbegründung im einzelnen Falle causa cognita dem Ermessen des Richters nach dem angeführten Gesichtspunkte anheim zu stellen — wahrlich ein Eingreifen staatlicher Bevormundung in die Sphäre des reinen Privatrechtes, die wohl mehr mit den „überwundenen Zuständen" des Mittelalters als mit den Anschauungen des modernen Rechtes, wofür sie bestimmt wären, in Einklang steht. Und wenn der Vater dieser Theorie all dies für nothwendig erkennt, damit das Rechtsinstitut in dieser Form wirthschaftlich verwerthbar und unschädlich sei, dann wird wohl ein Zweifel, ob es in dieser Gestalt wirthschaftlich begründet und berechtigt sei, nicht minder aber, ob es so Grundlage legislativ-politischer Vorschläge sein dürfe, nicht als übertrieben und unmotivirt gelten. Es wird uns schwer fallen, zu glauben, daß durch ein Rechtsinstitut solchen Inhaltes unser Privatrecht eine „wünschenswerthe Bereicherung" erfahre.

Und dazu kommen noch die theoretischen Bedenken, die wieder Gerber selbst gegen seine Aufstellungen erhebt. Er hätte nichts schlimmeres gegen sie aussagen können, als wenn er die freilich etwas weitgehende Behauptung allgemein ausspricht[1]): „Konstruiren läßt es sich nicht, daß das Recht es gestattet, mit Hülfe gerichtlicher Ingrossation ꝛc. unbe-

1) a. a. O. S. 60.

stimmte Subjekte in dieser Weise zu verpflichten. Es ist ein anomaler Rechtssatz, der eine wissenschaftliche Analyse nicht zuläßt, aber er besteht als gemeines Gewohnheitsrecht. Er ist unentbehrlich, wenn man dem Institute überhaupt noch eine Lebensfähigkeit beilegen will." — Und wie nun, wenn etwa die vorhergehenden Ausführungen gezeigt hätten, daß das gemeine Recht denn doch nicht so rein zu diesen Ergebnissen gelangt sei, und wenn die folgenden zu zeigen vermöchten, daß das, wozu es gekommen, nicht Ergebniß einer zu billigenden, innerlich motivirten und gesunden Entwickelung wäre? Und wozu dann um so hohen Preis die Lebensfähigkeit eines so gestalteten Rechtsinstitutes wünschen und künstlich retten, wenn man es doch kaum geboren in so enge Fesseln schlagen muß, daß es sein Leben nur äußerst kümmerlich bethätigen kann?

Indem die nähere Ausführung dieser Gedankenreihe dem folgenden Abschnitte überlassen wird, sei hier nur auf die eine Thatsache verwiesen, daß alle die Neueren, welche die Darstellung der Lehre von den Reallasten nicht in abstrakten Sphären, sondern an der Hand positiver Gesetze der einzelnen Länder dargestellt haben, doch nicht unwesentlich hinter dem zurückbleiben mußten, was die Gerber'sche Theorie als angeblich gemeinrechtliche Lehre proklamirt.

Paul Roth[1]) hebt für das bayrische Recht ausdrücklich hervor, daß dort, soweit die Reallast als Ganzes in Betracht kommt, gesetzlich die Entscheidung für die Dinglichkeit erfolgt ist, und daß das Gleiche auch für die Einzelleistung bei Ewiggeldern Rechtens sei. Mag gegen diese Formulirung manches Bedenken begründet sein, so ist doch unzweifelhaft von ihm der Beweis erbracht, daß die Reallasten im bayrischen

1) Bayr. Civilrecht 2, § 169 III.

Rechte nicht lediglich als Forderungsrechte zu betrachten sind, sondern daneben noch Momente dinglicher Art in dem Reallastrechte enthalten sind; und oben (S. 45 f.) wurde der Versuch gemacht zu zeigen, inwieweit man auch bezüglich der Einzelleistungen in gewöhnlichen Reallasten über Roth hinaus die Existenz eines dinglichen Rechtes oder wenigstens eine enge Rückbeziehung der Leistung auf das Gut anzunehmen berechtigt sei.

In ähnlicher Weise hat Otto Müller[1]) für die Reallasten des sächsischen Rechtes mehrfach Veranlassung gehabt, auf Modifikationen hinzuweisen, welche das Recht der Reallasten als Forderungsrecht durch Zusätze sachenrechtlicher Elemente erfahren hat.

Die Förster'sche Darstellung von „Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Rechtes" ist für dieses Rechtsgebiet stets auf einem mit der Wächter-Unger'schen Lehre ziemlich verwandten Standpunkte gestanden, und jüngst hat Eccius in der 4. Auflage mit sehr triftigen Gründen darauf hingewiesen[2]), daß auch hier für die einzelnen Rückstände eine Sachhaftung, also ein Zusatz dinglicher Art anzunehmen sei, der die Behauptung rein obligationenrechtlichen Charakters als unrichtig erscheinen lasse.

Und vorbehaltslos wird man dem Gedanken zustimmen müssen, den Roth in seinem System des deutschen Privatrechtes (3, 468) dahin ausdrückt: „Die Auffassung des Rechtsverhältnisses als", wie ich hinzufügen möchte, rein „persönliche an das Grundstück gebundene Verbindlichkeit ist weder in der Gesetzgebung noch in der Praxis anerkannt."

All dies mag zur Erhärtung des Umstandes dienen, daß

---

1) Beiträge zur systematischen Darstellung des k. sächs. Civilrechtes I. Die Reallasten (1878) passim, vergl. insb. S. 8 ff.

2) § 188, S. 421 ff.

die romanistisch-moderne Theorie, wie sie Gerber entwickelt hat, gewisse Momente unbeachtet ließ, oder vielleicht bewußt als nebensächlich bei Seite schob, die in fast ausnahmsloser Regel als Begleiterscheinung der in den Reallasten enthaltenen Forderungsansprüche auftreten, und daß sie demnach, wie ich mich ausdrücken möchte, in diesem Punkte über das im Leben thatsächlich geltende Recht in ihrer Abklärungstendenz hinausgegangen ist.

Auch der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich ist, wie noch schließlich bemerkt sei, der Theorie nicht bis auf jenen extremsten Punkt gefolgt[1]).

Soll nach diesen der Theorie gewidmeten Bemerkungen vorwiegend kritischer Art und negativen Inhaltes auch etwas

1) Die beiden entscheidenden §§ des Titels über die Reallasten schlagen die für unsere Frage wichtigsten Bestimmungen mit folgendem Wortlaute vor:

§ 1051. Ein Grundstück kann zu Gunsten einer bestimmten Person oder des jeweiligen Eigenthümers eines anderen Grundstückes in der Weise belastet werden, daß der jeweilige Eigenthümer des belasteten Grundstückes dem Berechtigten zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet ist, und das belastete Grundstück dem Berechtigten für rückständige Leistungen nach Maßgabe der für rückständige Hypothekenzinsen geltenden Vorschriften haftet (Reallast).

§ 1056 al. 1. Der Eigenthümer des belasteten Grundstückes haftet für die während der Dauer seines Eigenthums fällig werdenden Leistungen persönlich; er wird von dieser Verpflichtung dadurch nicht befreit, daß er aufhört, Eigenthümer zu sein.

Der Grundgedanke, der darin zum Ausdrucke kommt, ist sonach unzweideutig: persönliche und unbeschränkte Haftung des Eigenthümers für die während der Dauer seines Rechtes fälligen Leistungen und hypothekarische Haftung des Gutes für die Rückstände. Der Entwurf unterscheidet sich sonach von der Gerber'schen Theorie dadurch, daß er eine Haftung der Realität für die einzelnen aus der Reallast fließenden Verbindlichkeiten anerkennt, er bleibt also darin hinter Gerber's Lehre zurück; mit gutem Grunde aber können sich die Motive (3, 383) gerade für diese Frage der Sachhaftung darauf berufen, daß die Vorschläge des Entwurfes mit dem geltenden Rechte fast aller Territorialstaaten im Einklange stehen.

Positives für unser Problem geboten werden, dann möchte ich im Anschlusse an das bisher Gesagte etwa auf die folgenden Ueberlegungen hinweisen, die mir nicht ungeeignet erschienen, etwas zur Klärung dieser doktrinellen Frage beizutragen.

Wenn man den Gegensatz von dinglichem und obligatorischem (besser vielleicht persönlichem) Rechte bei der Problemstellung in den Vordergrund rückt, so ist es bei der unendlich verschiedenen Deutung, welche die einzelnen Theorien diesen Begriffen geben, vor allem nöthig, die Bedeutung, welche die heutige Doktrin wohl ohne wesentliche Abweichungen allgemein den Begriffen zuspricht, bei allen juristischen Ausführungen ungetrübt im Auge zu behalten.

Da ist denn vor allem bezüglich der äußeren Behandlung unseres Rechtsinstitutes die schon von vielen Seiten oftmals hervorgehobene Thatsache vorbehaltlos und unbedenklich zuzugeben, daß die Reallasten im rechtlichen Verkehre völlig den Grundsätzen des Immobiliargüterrechtes unterworfen waren und wohl auch noch unterworfen sind[1]): Auflassung bezw. grundbücherliche Eintragung für ihre Begründung und Uebertragung, ferner Zurechnung zum unbeweglichen Vermögen, eine dingliche Klage[2]) gegen den, der den Bestand der Reallast bestreitet (denegas mihi decimam), dazu meist Zulässigkeit von Besitz und Ersitzung, Anerkennung eines possessorischen Schutzes, und was sonst in dieser Richtung noch angeführt werden mag.

Um klarzulegen, was wir hieraus für unsere Theorie gewinnen, scheint mir zunächst die Frage zu beantworten, was

1) Die Reallasten des öffentlichen Rechtes sind allerdings heute dem privatrechtlichen Verkehre nicht mehr preisgegeben und darum finden auch eine Reihe der sonst giltigen Grundsätze auf sie keine Anwendung.

2) Für das heutige Recht, das die Klagkategorien nicht so scharf sondert, kommt dem freilich geringere Bedeutung zu.

eigentlich Gegenstand all dieser Rechte ist. Was ist es, das wir verkaufen, vertauschen, vor Gericht auflassen, in das Grundbuch eintragen, was zum unbeweglichen Vermögen gerechnet wird, was wir mit dinglicher Klage verfolgen, woran wir Besitz anerkennen und schützen, was wir ersitzen können u. s. w.? Es ist das Zehentrecht oder Rentenrecht oder allgemeiner gesprochen „die Reallast als Ganzes", also der Inbegriff aller jener einzelnen Rechte und Befugnisse, die in ihrer Gesammtheit eben den Inhalt der Reallast bilden. Sie alle werden sprachlich durch das eine Wort bezeichnet und werden logisch zu einer Begriffseinheit zusammengefaßt, die vom Rechte gebildet und anerkannt wurde, weil eine Menge Normen besteht, die eben für diese Gesammtheit von Rechtsverhältnissen gemeinsam gelten, und weil demnach praktisch das Bedürfniß bestand, diese Gesammtheit unter einen Namen und einen Begriff zu vereinen. Es ist ganz dieselbe Abstraktion, wie wenn wir von einem Autor- oder Patentrechte sprechen, das Jemand verkauft, oder wenn die mittelalterlichen Quellen so oft Grafschaften oder Zoll- und Münzrechte zu nennen wissen, die versetzt wurden.

Und dieser abstrakte Begriff ist es, der in den früher genannten juristischen Wendungen als Rechts objekt erscheint. Es ist Heusler's Verdienst gezeigt zu haben, daß die verschiedenen Formen von Reallasten ebenso wie Grafschafts- und andere Hoheitsrechte und ebenso wie Prädialservituten und endlich wie das liegende Gut selbst im Güterverkehre als Rechtsobjekte in Betracht kommen.

Es mag vielleicht logisch ungenau sein, solche Abstrakta als Rechtsobjekte zu supponiren und mit konkreten körperlichen Sachen gleich zu behandeln. Aber das praktische Leben hat sich einmal um diesen theoretischen Einwand nicht gekümmert, auf diesem Gebiete ebensowenig wie auf hundert anderen,

nämlich überall dort, wo ein Bedürfniß nach einem kurzen und prägnanten Ausdrucke zu ähnlichen Abstraktionen Veranlassung gegeben hat. Darum müssen wir mit dieser Thatsache rechnen, wobei wir freilich nicht vergessen dürfen, daß das gebrauchte Wort nur eine Abstraktion, ein kürzerer Ausdruck für ein komplizirteres Verhältniß bedeutet.

Liegt in dem Worte „Reallasten", wie es die oben bezeichneten Wendungen gebrauchen, eine Abstraktion, bedeutet es den Inbegriff bestimmter rechtlicher Verhältnisse, so erwächst uns nun die weitere Aufgabe, die einzelnen Bestandtheile aufzudecken, aus denen jener Gesammtbegriff sich zusammensetzt. Hier gilt es dann klarzulegen, welche rechtlichen Befugnisse demjenigen zustehen, der „eine Reallast" auf irgend eine Weise erworben, welche Rechte derjenige verfolgt, der um Bestand oder Nichtbestand „einer Reallast" kämpft oder sich im Besitze derselben zu erhalten sucht u. s. w. Diese Fragen aber sind nicht für alle Reallasten gleich zu beantworten.

Das eine freilich ist allen Reallasten gemeinsam, daß sie Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen irgend einer Person, nämlich des Besitzers bezw. Eigenthümers des belasteten Gutes enthalten. Dieses Recht auf wiederkehrende Leistungen ist gewiß — seinem Inhalte nach, auf den es ja hier allein ankommt [1]) — kein dingliches. Das Recht auf bestimmte Leistungen einer Person ist vielmehr immer der charakteristische Inhalt des obligatorischen oder persönlichen [2]) Anspruches. Und daran vermag auch die Thatsache nichts zu ändern, daß auch dieses Recht, wie die Reallast überhaupt, vielfach nach sachenrechtlichen Grundsätzen behandelt wird. Sind doch z. B. die Ersatzansprüche, die durch eine Verletzung oder Vorenthaltung des

1) Anderer Ansicht: Pflüger, a. a. O.

2) Wie ich mich mit Rücksicht darauf, daß nicht alle Reallasten dem Privatrechte angehören, allgemeiner ausdrücken möchte.

Eigenthums begründet sind, mögen sie immer mit der rei vindicatio geltend gemacht werden, auch nicht dinglicher, sondern obligatorischer Natur. Dies scheint mir so klar und unanfechtbar, daß es eigentlich gar nicht nöthig sein sollte, darauf besonders zu verweisen.

Verfolgen wir diese Seite der Reallast näher, so müssen wir sagen, daß die Reallast eine Mehrheit von Ansprüchen in sich enthält, — bei zeitlich unbegrenzten auch eine unbegrenzte Zahl solcher Ansprüche, — von denen jeder zur bestimmten Zeit fällig und wie jede Obligation durch Erfüllung getilgt wird. Es ist Mitteis[1]) gewiß vollkommen beizustimmen, wenn er hervorhebt, daß nur den Einzelansprüchen Realität zukömmt, die Gesammtheit dieser Ansprüche aber nur eine Abstraktion sei, die ihr Dasein nur dem Zwecke praktischer Angemessenheit und Vereinfachung verdankt. Nur meint Mitteis, erschöpfe sich in diesen Forderungsansprüchen Wesen und Inhalt der Reallasten, während doch, wie nun noch hervorzuheben ist, diese persönlichen Ansprüche durch die ganze Rechtsentwickelung, die wir verfolgten, so gut wie nie allein standen, sondern stets getragen oder wenigstens begleitet waren durch Rechte anderer Art: zum Theil durch Rechte herrschaftlichen Charakters, zum Theil durch dingliche Rechte.

Von den herrschaftlichen Rechten läßt sich, soweit das ältere strenge Herrschaftsrecht gegen Unfreie oder in neuerer Zeit das Hoheitsrecht des Staates und der staatlichen Verbände in Betracht kommen, geradezu behaupten, die verschiedenen Ansprüche seien unmittelbar Ausfluß dieses Gewaltsverhältnisses; in anderen Fällen, wie namentlich in den vom Hofrechte beeinflußten Leihen, trat jenes herrschaftliche Element (meist neben den dinglichen) als Begleiterscheinung des persönlichen Reallastenanspruches auf.

1) Vergl. oben S. 112 f.

Bei allen Reallasten des Privatrechtes sowie der Mehrzahl der öffentlichen, namentlich aus jüngerer Zeit, tritt aber, wie man wohl sagen darf, fast ausnahmslos als Begleiterin der persönlichen Ansprüche ein dingliches Recht zu Tage, das im einzelnen wohl verschiedenen Charakter trägt: das Eigenthum des Leiheherrn an dem Zinsgute, das Unterwindungsrecht des Rentengläubigers, immer aber eine dingliche Haftung des Gutes für die persönlichen Ansprüche des Berechtigten.

Wirthschaftlich haben, wie oben schon erwähnt und später noch näher auszuführen ist, diese dinglichen Rechte, die reale Haftung immer die allergrößte Bedeutung gehabt.

Rechtlich hat die Sache zu verschiedenen Zeiten ein verschiedenes Bild gewährt. Im heutigen Rechte, das den Besitzer für die Reallastansprüche persönlich und unbeschränkt verhaftet, tritt die dingliche Haftung mehr in den Hintergrund. Wie bei dem Pfandrechte mag man jene dingliche Haftung im Verhältnisse zur allgemeinen persönlichen Haftung des Besitzers mit seinem ganzen Vermögen als etwas Accessorisches bezeichnen. — Im älteren Rechte lag die Sache anders. Soweit hier in Reallastverhältnissen die Haftung des Besitzers eingeschränkt war auf denselben oder annähernd denselben Vermögenskreis, der auch sachlich verhaftet war, mochte eines als die Kehrseite des anderen erscheinen: die persönliche Haftung, die eingeschränkt war auf ein bestimmtes zum Vermögen des Schuldners gehöriges Gut, manifestirt sich fast [1]) ebenso wie eine sachliche Ver-

1) Beschränkte persönliche Haftung und Sachhaftung unterscheiden sich bekanntlich gedankenmäßig dadurch, daß die Exekution im ersten Falle sich gegen die Person richtet (und nur bei der Durchführung auf einen bestimmten Vermögenskreis eingeschränkt ist), im anderen Falle aber sich unbekümmert um die Person des Besitzers unmittelbar gegen die Sache richtet. In den Zeiten, die wirkliche Personalexekution kannten, ist der Unterschied zwischen persönlicher und sachlicher Haftung natürlich noch bedeutender gewesen. — Wenn aber das Zins- und Rentenrecht den Grundsatz aufstellte,

haftung des Gutes selbst, und umgekehrt die Sachhaftung des Gutes manifestirt sich in den Händen eines jeden Besitzers ähnlich wie eine auf dieses Gut beschränkte persönliche Haftung. Bei einer solchen rechtlichen Ordnung nimmt dann das reale Moment gegenüber den persönlichen Ansprüchen keineswegs eine sekundäre Stellung ein, im Gegentheile übertrifft es die letzteren eher an Bedeutung. Und hierzu darf man wohl mit berücksichtigen, wie sehr nach der mittelalterlichen Denk- und Sprechweise bei all den ungezählten Zinsungen von Grund und Boden die Persönlichkeit des Besitzers gegenüber dem Grundbesitze zurückgestellt war [1]).

Bei aller Verschiedenheit dieser rechtlichen Verhältnisse im Einzelnen, mag dem Zinsherrn das Recht zugestanden haben, das ganze Gut zur oder anstatt der Befriedigung seiner An-

---

daß jeder Besitzer eines bestimmten Gutes für die Erfüllung der Zins- oder Rentenschuld (beschränkt) verhaftet war, und daß das belastete Gut immer in den verhafteten Vermögenskreis gehörte, dann dürfte die Behauptung wohl gerechtfertigt sein, daß eine so qualifizierte persönliche Haftung wenigstens faktisch eine sachliche Haftung des fraglichen Gutes in sich schließe. In den Fällen aber, wo bei der beschränkten persönlichen Haftung der Kreis der verhafteten Vermögenstheile sich auf jenes eine, mit der Rente belastete Gut einschränkte, äußerte sich der Unterschied zwischen einer solchen beschränkten persönlichen Haftung, die jeden Besitzer des belasteten Gutes traf, und einer reinen Sachhaftung wohl nur mehr in formaler Beziehung, und es mag zweifelhaft erscheinen, ob das Festhalten an dieser Unterscheidung sowie der Versuch, die Rechtsgebilde jener Zeit in diese Kategorien einzuordnen, praktisch von Werth und theoretisch zu empfehlen sei.

1) Vergl. die ständig wiederkehrenden Ausdrücke: das Gut zinst, leistet, schuldet ꝛc. Gerade dieses Zurücktreten des Momentes macht es leicht begreiflich, daß man zu der theoretischen Ansicht kommen konnte, es wären sogar dingliches Recht und Leistungsanspruch identisch, die Leistungspflicht Folge und Inhalt des dinglichen Rechtes selbst. Aber Folge und Inhalt des dinglichen Rechtes ist nur die Haftung des Gutes für die Ansprüche des Reallastberechtigten, nicht diese letzteren selbst. Diese Ansprüche tragen, wie oben ausgeführt, persönlichen Charakter und ihre Folge auf Seite des Besitzers ist seine persönliche Schuld.

sprüche kraft seines Eigenthumsrechtes einzuziehen, oder mag der Rentengläubiger ein Unterwindungsrecht als eine selbständige, vom Eigenthum verschiedene Macht über das Gut besessen haben, oder mag ihm später nur das Recht zugestanden haben, aus dem Werthe des Gutes in anderer Weise seine Befriedigung zu suchen, immer lag darin ein dingliches Recht, eine unmittelbare Herrschaft über die Sache, kraft deren ihm diese für seine Ansprüche real verhaftet war. Die Schuld für die einzelne Leistung traf und trifft den Besitzer, ihr gegenüber steht ein persönliches Recht; die Haftung für dieselben Leistungen liegt freilich in den meisten Fällen nicht ausschließlich, aber überall nachweisbar auch auf dem Gute, und dem entspricht ein dingliches Recht des Reallastberechtigten.

Die oben gestellte Frage nach dem Inhalte von dessen Rechte muß also, — abgesehen von etwaigen Befugnissen herrschaftlicher Art, deren Domäne eben das herrschaftliche Recht ist, die aber für das Gebiet des Privatrechts nicht in Betracht kommen, — mit dem Hinweise auf diese persönlichen und dinglichen Elemente beantwortet werden, die freilich, wie in den vorstehenden Ausführungen gezeigt wurde, inhaltlich und rechtlich bei den verschiedenen Reallasten und in den verschiedenen Zeiten und Ländern höchst mannigfaltig gestaltet waren. Nur wird, solange und insoweit sich diese beiden Elemente im Reallastenrechte beisammen finden, es stets ein vergebliches Bestreben sein, den Inhalt desselben ganz dem einen oder dem anderen Gebiete zuzuweisen und namentlich werden sich Leistungsansprüche und Pflichten nie als ein dingliches, die sachliche Haftung nie als obligatorisches Recht erklären lassen [2]).

2) Ein ähnliches Bestreben tritt uns, wie mir scheint, in so manchen der bestehenden Reallasttheorien ziemlich unverkennbar entgegen, und man

IV.

Fragen wir gegenüber der verschiedenen Gestaltung, welche die Reallasten des Privatrechtes in älterer und neuerer Zeit gefunden, gegenüber den verschiedenen theoretischen Ansichten und gesetzlichen Regelungen, sowie all den legislativ-politischen Vorschlägen, was wir von dem modernen Rechte der Reallasten denken und für ein zukünftiges wünschen sollen, so ist zunächst zu beachten, daß die einst von manchen Juristen aufgestellte und verfochtene Meinung, man könnte mittels der Auflassung oder durch grundbücherliche Eintragung, oder gar durch formlosen Vertrag jedwede Verpflichtung, unbekümmert um ihren Inhalt, auf ein Gut legen und damit jeden zukünftigen Erwerber, unbekümmert um sein Wollen oder Nichtwollen, aber auch unbekümmert um die wirtschaftliche Berechtigung einer derartigen Belastung mit einer solchen persönlichen Verpflichtung beschweren, im älteren Rechte ihre Begründung vergebens sucht.

Bis herauf in unsere Tage waren derartige Verpflichtungen zu persönlichen Leistungen, wo sie als Reallasten bestanden, stets der Ausfluß eines herrschaftlichen Rechtes: die Reallasten des Privatrechtes, denen wir in dieser Zeit wirklich im Leben begegnen, waren stets nur solche Lasten, die wenigstens gedankenmäßig mit dem ökonomischen Ertrage des Gutes in Zusammenhang stehen. In allen Gesetzen, welche wie insb. die Prioritätsordnungen die thatsächlichen Verhältnisse zur Grundlage nahmen und sie in eine rechtliche Ordnung brachten, finden wir als Reallasten des Privatrechtes Zins, Rente und allenfalls noch Leibzucht, in neuerer Zeit gewisse

---

wird m. E. nicht weit fehl gehen, wenn man vornehmlich darin die Ursache erblickt, warum diese nicht zu befriedigenden Ergebnissen führen konnten.

Ablösungsrenten, dagegen sind Dienstleistungen stets nur unter der Gruppe von solchen Reallasten genannt, die herrschaftlichen Charakter tragen, zu Gunsten der Obrigkeit oder der Herrschaft zu leisten waren[1]), und denen darum auch oft eine besonders privilegirte Stellung zuerkannt war. Es war ein Fehlgriff, den die theoretische Abstraktion gethan hat, wenn sie, des Unterschiedes zwischen herrschaftlichem und privatem Rechtsgebiete nicht achtend, auch den Inhalt der nur dort heimischen Reallasten als möglichen Inhalt der Reallasten überhaupt annahm und durch Verallgemeinerung des so Gewonnenen zu jenen weitreichenden Ergebnissen[2]) gelangte, die im Leben nie erreicht worden waren, und gegen die frühzeitig schon von gewichtiger Seite[3]) mit aller Entschiedenheit Einsprache erhoben wurde. Und es mag vorläufig dahingestellt bleiben, ob es ein Gewinn war, wenn, wohl unter dem Einflusse einer ähnlichen Lehre, z. B. das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen überhaupt jedes dare und facere, „soweit nicht ein Gesetz entgegensteht", als möglichen Inhalt von Reallasten bezeichnet hat[4]). In dem älteren, unmittelbar dem Leben und nicht abstrakten Theoremen erwachsenen Rechte kann dies ein geschichtliches Vorbild nicht aufweisen. Auch ist es gewiß, daß z. B. die österreichische Praxis es geradezu als Uebelstand empfindet, daß Mangels positiv gesetzlicher Normen und einer allgemein ge-

1) Vergl. oben Abschnitt 2.

2) Wie Maurenbrecher, Deutsches Privatrecht 1 § 328, insbes. S. 700.

3) Z. B. im Allgem. Albrecht, Krit. Jahrbücher f. deutsche Rechtswissenschaft V (1839, 1) S. 328 und spez. gegen die genannten Dunker, Z. f. deutsches Recht 9, 483 f.

4) § 505. Auch der Entwurf steht mit geringen Abweichungen auf demselben Standpunkte, er verlangt nur ausdrücklich, daß die Leistung wiederkehrend sei (s. o. S. 118 Anm. 1) und eben in einem Leisten, also nicht schlechthin in einem Unterlassen bestehe (§ 1052).

billigten Theorie, welche den Reallasten eine gesunde Einschränkung brächte, alles, was nicht als Pfandrecht einverleibt werden kann, in der Form von Reallasten sich ins Grundbuch einschmuggelt.

Ohne diese Frage jetzt näher zu verfolgen, wenden wir uns zunächst derjenigen Gruppe von privatrechtlichen Reallasten zu, die, im älteren Rechte erzeugt, auch später, wenn auch mit manchen Modifikationen im Gebrauche geblieben sind und immer die größte Rolle gespielt haben, dem Leihezins- und Rentenrechte, neben dem nur das Auszugsrecht noch von größerer Bedeutung ist. Die Wandlungen, welche Zins- und Rentenrecht im Laufe der Zeiten erfahren, speziell der Uebergang von beschränkter zu unbeschränkter Haftung sind in den früheren Abschnitten angedeutet worden. Hier gilt es zur Beurtheilung dieses Institutes auf den ökonomischen Gehalt und die ökonomischen Grundlagen desselben näher einzugehen.

Wie oben (S. 14) bereits erwähnt wurde, besteht der Grundgedanke alles Leihezinsrechtes darin, daß für die von der einen Seite dauernd zugestandene Nutzung von Grund und Boden eine dauernde Gegenleistung gewährt werden soll. Der Zins ist ebenso wie bei der Zeitpacht für den Empfänger und Besitzer des Gutes der Preis, um den er sich die Nutzung erkaufen muß, und umgekehrt für den Leiheherrn der Antheil an dem Gutsertrag, der ihm, obwohl er sich dauernd des Gutsbesitzes entschlagen, auch fernerhin gesichert bleiben soll. Wie im Leiherechte und wohl auch im Auszugsrechte der Zins (oder die sonstige Zuwendung) ein vorbehaltener, so ist er im Rentenrecht ein konstitutiv übertragener Antheil an dem Ertrage, den das liegende Gut dauernd abwirft, bez. eine Leistung, die dafür zu gewähren ist. Dem Rentenkauf als der typischen Form einer entgeltlichen Konstituirung eines solchen Antheilsrechtes an dem ökonomischen Ertrage

eines Gutes stehen Rechtsgeschäfte wie z. B. die Jahrtagstiftungen als gebräuchlichste Formen von unentgeltlichen Begründungen des gleichen Rechtes gegenüber.

Auf die juristischen Momente, die dabei in Betracht kommen, und die zum Theile schon für das hofrechtliche, namentlich aber für das freiere Leiherecht und das Rentenrecht geradezu grundlegend sind, ist nun noch etwas näher einzugehen. Niemand wird daran Anstoß nehmen, wenn in Fällen, wie sie eben gekennzeichnet wurden, der Eigenthümer eines Gutes zur Erreichung des oben angegebenen ökonomischen Effektes ein dingliches Recht an einem Theile des Fruchtertrages für sich selbst ausbedingt oder an einen Dritten verleiht. Dann liegt wohl eine Belastung des Gutes, die gegen jedermann ihre Wirkung äußert, nicht aber die Begründung einer Reallast im technischen Sinne des Wortes vor. Oekonomisch genommen ist es davon nicht viel verschieden, wenn ein Gutseigenthümer aus den oben angegebenen ökonomischen Gründen, vielleicht in der Absicht, den gleichen wirthschaftlichen Erfolg besser und bequemer zu erreichen, demjenigen, der jeweils das Gut bestellt, die Verpflichtung auferlegt, den ausbedungenen Theil des Fruchtertrags dem Bezugsberechtigten zu überbringen oder statt dessen einen Frucht- oder Geldzins zu bezahlen. In diesem Falle bestände dann für den Zinsberechtigten nicht mehr ein dingliches Recht an den Früchten, sondern ein Forderungsrecht gegen den Besitzer auf Erstattung des Fruchtantheiles oder des Zinses.

Eine Rechtsordnung, welche jede Obligation als ein zwischen zwei individuell bestimmten Personen bestehendes Band auffaßt, das stets in den beiden Betheiligten persönlich begründet werden muß, dafür aber andererseits für jede Obligation persönliche Haftbarkeit mit dem gesammten Vermögen eintreten läßt, wie etwa i. A. das römische Recht, kann natür-

lich die Begründung eines solchen Rechtsverhältnisses, namentlich dessen Wirkung auf dritte Erwerber des Gutes nicht in ihr System einfügen. Und so unbegreiflich vom Standpunkte der uns geläufigen Grundlagen des Privatrechtssystemes Verträge zu Lasten Dritter erscheinen müssen, wenn man ihnen den Gedanken zu Grunde legte, als wäre jeder befugt, unbegrenzt und unbeschränkt Verpflichtungen auf sein Gut zu laden, die jeder unglückliche Erwerber vorbehaltslos erfüllen müßte: in dem eben gekennzeichneten Zusammenhang mit dem Fruchtertrage und als dauernde Gegenleistung für einen dauernd gewährten Vortheil hat die Begründung einer solchen Verpflichtung, die jeden trifft, der sich dieses Vortheils erfreut, wirthschaftlich zweifelsohne ihre volle Berechtigung. Juristisch darf man vielleicht schon darauf verweisen, daß selbst das römische Recht der späteren Zeit es in den Bestimmungen über den emphyteutischen Kanon zu einer Art rechtlicher Anerkennung eines ähnlichen Gedankens gebracht hat. Das deutsche Recht hat die Begründung solcher Verpflichtungsverhältnisse unzweifelhaft anstandslos zugelassen: das Zins- und Rentenrecht, welches durch Jahrhunderte hindurch bestand, ist das lebendigste Zeugniß hierfür.

Das deutsche Recht hat dies anstandslos, aber anfänglich nicht vorbehaltslos zugelassen. Und hier ist wieder auf die Beschränkung der persönlichen Haftung hinzuweisen, die oben so ausführlich hervorgehoben wurde. Nicht vorbehaltslos und nicht schrankenlos haftete der Zinsschuldner für seinen Zins, sondern lediglich mit dem Gute, demselben Gute, an dessen Nutzung der Zinsberechtigte ökonomisch partizipiren sollte; und gerade weil dem deutschen Rechte der Gedanke einer beschränkten Haftung nicht fremd war, weil hier nicht jede Schuld nothwendig eine Haftung mit dem ganzen Vermögen des Schuldners mit sich

bringen mußte, konnte es anstandslos zur Anerkennung solcher Leihezinspflichten gelangen, wie sie den wirthschaftlichen Bedürfnissen entsprachen und den Anforderungen des Rechtes nicht entgegen waren.

In dieser Beschränkung der Haftung auf das Leihe- oder Rentengut, und darin, daß auch, wo die Beschränkung nicht streng durchgeführt wurde, das Schwergewicht auf der Sachhaftung lag, ist schon unverkennbar die rechtliche Anerkennung des wirthschaftlichen Zusammenhanges zwischen Nutzung und Zins ausgesprochen. Sie tritt noch deutlicher zu Tage in den Bestimmungen über das Exekutionsverfahren. Wenn es wirklich zum Aeußersten kam, wenn der Zins- und Rentengläubiger vergeblich die Erfüllung seiner Zinsansprüche heischte und endlich zur „Unterwindung", zur Gutseinziehung schritt, so war der wirthschaftliche und rechtliche Erfolg eben der, daß er das Gut besaß und seinen Ertrag nun ganz genoß, an dem zu partizipiren der Zinsschuldner ihm widerrechtlich versagt hatte. Rente und Zins gingen damit selbstverständlich zu Grunde, fehlte ihnen doch die ökonomische Voraussetzung ihres weiteren Bestandes.

So sehr nun das Prinzip beschränkter Haftung, das nach den früheren Ausführungen das ältere Recht für derlei Schuldverhältnisse zur Anwendung brachte, deren wirthschaftlichem Charakter entspricht, so ist doch zuzugeben, daß es nicht immer seine Geltung bewahrte, und daß auch der entgegengesetzte Grundsatz einer unbeschränkten Haftung sich im Laufe der Zeiten fast überall eingebürgert hat. Und es ist weiter, wie mir scheinen will, zuzugeben, daß auch eine solche rechtliche Ordnung aus logischen Gründen nicht etwa unannehmbar, nicht schlechthin zu verwerfen ist. Denn solange die eine Voraussetzung zutrifft, daß die Reallast selbst wirthschaftlich motivirt

ist, solange die Leistung, zu der der Besitzer verpflichtet ist, in dem Gutsertrage ihre ökonomische Fundirung findet, warum soll der, der den Ertrag eingeheimst, für die Gegenleistung, die er dafür schuldet, nicht auch persönlich, mit seinem ganzen Vermögen haftbar sein; warum soll er — was Folge der auf den Gutswerth beschränkten Haftung wäre — sich durch Entäußerung des Gutes der Haftung für Zinsrückstände entschlagen können und diese Last auf andere überwälzen, die sie dann zu tragen hätten, obwohl sie den Nutzen nicht genossen haben, für den sie doch Entgelt sein sollen [1]).

Gegen die logische Richtigkeit einer solchen Gedankenreihe ist gewiß nichts einzuwenden. Ueber die Vortheile und Nachtheile einer auf diesen Grundlagen aufgebauten Rechtsordnung soll weiter unten noch gesprochen werden.

Hier sei zunächst noch eine andere nahe liegende Frage erörtert. Wenn nämlich — so können wir die Reihe unserer Erwägungen fortsetzen — nach dem eben Gesagten dagegen kein Bedenken besteht, daß auf Grund privatrechtlicher Ver-

---

1) Es verdient hervorgehoben zu werden, daß dieser zuletzt genannte Umstand nicht schlechthin als Argument für die unbeschränkte Haftung ins Feld geführt werden kann. Denn das erste Moment, daß der ursprüngliche Schuldner, der den Ertrag genossen und den Zins nicht bezahlt hat, durch Gutsentäußerung denselben lukrirt, wird ökonomisch dadurch aufgewogen, daß immer, wenn eine entgeltliche Entäußerung erfolgte, entweder von Anfang an in dem Preisansatz darauf Rücksicht genommen wurde, oder eine Haftung des Veräußerers aus dem Vertrage dies ausgleicht. Und bei unentgeltlicher Uebertragung mag dies nicht so schwer empfunden werden. Richtig ist nur das eine, daß der Forderungsberechtigte das Zugriffsobjekt, das bei persönlicher Haftung der frühere Besitzer und sein Vermögen ihm bietet, bei reiner Sachhaftung verlieren würde — ein Moment, das man subjektiv hoch und nieder anschlagen kann, das aber in Dingen des Realkredits m. E. nicht allzu belangreich ist. Die zweite rechtliche Konsequenz, daß die Rückstände durch Besitzwechsel auf solche überwälzt werden, die den entsprechenden Nutzen nicht empfangen hatten, trifft überall zu, wo auch nur accessorisch Sachhaftung anerkannt ist.

fügung jeder Besitzer eines Gutes zu Leistungen, wie sie eben hier vorausgesetzt wurden, nämlich zu solchen, die mit dem wirthschaftlichen Ertrage des Gutes im Zusammenhang stehen, verpflichtet werde, und zwar so, daß er mit seinem ganzen Vermögen dafür hafte, soll nicht die Begründung anderer Reallasten, die nicht gerade eine solche Leistung betreffen, mit dem gleichen Rechte zulässig sein?

Daß sie rechtlich zulässig sind, sobald sie eine Rechtsordnung dafür erklärt und ihre Rechtswirksamkeit anerkannt, darübe kann kein Zweifel bestehen. In diesem Sinne ist ja am Ende wenn nicht alles, so doch sehr vieles möglich, und darüber ist überhaupt nicht erst zu handeln. Aber ob es gut und wünschenswerth ist, daß eine Rechtsordnung derlei zuläßt, ob sie, wenn sie es thut, einem ökonomisch begründeten Bedürfnis Rechnung trägt oder nur zufälligen Folgerungen irgend welcher theoretischen Abstraktionen nachgeht, das ist die Frage, die der Ueberlegung werth ist.

Es läge vielleicht im Anschlusse an die obigen Erwägungen etwa folgender Gedankengang nahe. Die Gegenleistung, die man sich für die Gewährung des Bodenerträgnisses ausbedingt, muß ja nicht nothwendig in einem dare, sie kann ja auch in irgend welchen anderen Leistungen bestehen, die eben nur Gegenleistung, nicht Antheilnahme an dem Gutsertrage sind. Im herrschaftlichen Rechte sind die Fälle gewiß nicht vereinzelt, wo bei Hingabe kleiner Güter nur Dienste und kein Zins verlangt wurden. So könnte man denn am Ende auch vertragsmäßig auf dem Boden des Privatsrechts irgend welche andere Gegenleistungen für die dauernde Ueberlassung des Nutzungsrechtes sich ausbedingen und auf das Gut legen, die in einem unmittelbar ökonomischen Zusammenhange mit dem Fruchtertrage nicht zu stehen brauchten. Und ähnlich wie das

Leiherecht in den Rentenkauf und die frei konstituirte Rente übergegangen ist, ähnlich könnte ja auch hier der Uebergang zu freikonstituirten Reallasten beliebigen Inhaltes gedacht werden. Mit oder ohne die hier supponirten Bindeglieder könnte dann der Hinblick auf die Thatsache, daß Grund und Boden eine dauernde Ertragsquelle, also die Quelle von Vortheilen sei, als wirthschaftliche Begründung der Zulässigkeit seiner dauernden Belastung mit Leistungspflichten aller Art gedeutet werden. In diesen oder ähnlichen Erwägungen auf der einen Seite und dem Nachweise eines wirthschaftlichen Bedürfnisses auf der Seite des Berechtigten müßte wohl die Motivirung eines so völlig freien Reallastenrechtes gefunden werden.

Aber ich meine, jedermann, der dies ruhig überlegt, wird sich gewisser Bedenken dabei nicht entschlagen können. Folgen wir der obigen Gedankenreihe, so ist wohl zuerst zu erwägen, daß es doch nicht gleichgiltig ist, ob in einem Leiheverhältnisse ein Antheil an dem wirthschaftlichen Ertrage des Gutes oder eine andere persönliche Leistung für den Leiheherrn verlangt wird. In einem persönlichen Vertrage, abgeschlossen zwischen und wirksam für bestimmte Individuen, mag eine derartige Vereinbarung ganz berechtigt sein, mit der Wirkung aber, daß — vielleicht auf immer — auch dem Vertrage fernstehende Personen daran gebunden sein sollen, bloß weil sie in den Besitz eines bestimmten Gutes eintreten, ist eine solche Abmachung doch bedenklich; es schiene mir, daß es einer besonderen wirthschaftlichen Motivirung bedürfte, derlei zuzulassen; es schlechthin zu gestatten, fehlt m. E. ein rechter Grund. Und die Sache wird wohl nur noch mißlicher und zweifelhafter, wenn derartige Verpflichtungen nicht einmal mehr als wirkliche Gegenleistungen für einen gewährten dauernden Nutzen, sondern ganz frei und schrankenlos auf Güter einverleibt werden

sollten. Daß die Ablösungsgesetze die Begründung bestimmter Reallasten für die Zukunft ausschließen, mag dem zwar in der Praxis die schärfsten Spitzen abbrechen, ändert aber nichts an der prinzipiellen Bedenklichkeit einer so gestalteten rechtlichen Ordnung.

Und wenn wir hierzu ganz allgemein überlegen, daß z. B. die Grundbuchsgesetze sonst sehr vorsichtig zu Werke gehen und die Rechte meist mit enger Auswahl aufzählen, die in das Grundbuch eingetragen werden dürfen, um so absolute Wirkung gegen jeden Erwerber zu erlangen (wie Bestand-, Widerkaufs- und Vorkaufsrechte), dann wird man in der schrankenlosen Freiheit in diesem einen Punkte zum mindesten eine anomale Bestimmung erblicken, der gegenüber wohl jedermann, so wie es Gerber gethan[1]), das Bedürfniß nach Beseitigung oder wenigstens nach einer Eindämmung und gewissen Kautelen empfinden wird, mögen ihm immerhin die von Gerber vorgeschlagenen Maßregeln wenig oder gar nicht annehmbar erscheinen[2]).

---

1) Vergl. oben S. 114 f.

2) Der Entwurf steht, wie oben schon erwähnt, auf dem Standpunkte, daß jede Leistung zum Gegenstande einer Reallast gemacht werden könne, und indem er die Möglichkeit weiterer Einschränkungen der Landesgesetzgebung überläßt, hebt er selbst, als wären sie die wichtigsten, nur zwei hervor: daß es Verpflichtungen zu einem positiven und wiederkehrenden Handeln sein müssen. Charakteristisch für den Doktrinarismus, dem diese Bestimmungen entsprungen sind, sind die Motive, die hierfür angegeben werden. Ein eigener § (1052) setzt fest: Die Leistungen können bei einer Reallast nicht in einem Unterlassen bestehen. Der Zweck desselben ist einleuchtend, nämlich die Abgrenzung gegenüber der Servitutenlehre. Hervorgehoben ist dabei namentlich die Besorgniß, es könnten sonst dadurch, daß eine Dienstbarkeit in die Form einer Reallast gekleidet würde, die für die Bestellung von Dienstbarkeiten festgesetzten Grenzen überschritten werden. Es kann sein, daß auch hierbei nur an die Theorie gedacht ist, es kann dies aber auch der praktischen Erwägung entsprungen sein, daß es wirthschaftlich nothwendig sei, für Belastung durch Servituten gewisse Schranken aufzustellen.

Aber kehren wir nach diesem kleinen Exkurse wieder zurück zu der Haftungsfrage bei denjenigen privatrechtlichen Reallasten, deren Bestand und Berechtigung niemand wird bestreiten wollen.

Als logische Möglichkeiten stehen sich hier, wie oben ausgeführt wurde, zwei Formen der rechtlichen Ausgestaltung gegenüber, die wir kurz als beschränkte und unbeschränkte Haftung bezeichnen dürfen. Das geschichtliche Leben hat beiden Formen thatsächlich Geltung gewährt, in älterer Zeit der ersteren, der anderen in späterer Folge. Welche sollen wir wünschen, wenn es gilt, ein Recht für die Zukunft zu bauen?

Unser heimisches Recht hat, wie so oft schon erwähnt wurde, auf dem wichtigsten Gebiete privatrechtlicher Reallasten zuerst dem Prinzipe beschränkter Haftung gehuldigt und es später fallen gelassen, um zu dem gegentheiligen Grundsatze unbeschränkter Haftung überzugehen. So liegt es nahe, die

---

Dafür also, daß durch negative Einschränkungen ein Gut nicht überlastet werde, ist das Einhalten bestimmter Grenzen nöthig, darauf aber, daß positive Belastungen unter Umständen noch viel böser und einer Einschränkung noch weit mehr bedürftig sein können, sowie überhaupt auf alle wirthschaftlichen Bedenken, die hier doch nicht ferner lägen, geht der Gesetzentwurf gar nicht ein. (Vergl. Motive 3, 583.) In ähnlicher Weise charakteristisch sind die Motive (3, 582) dafür, daß die Leistungen wiederkehrend sein müssen; wie oft und in welchen Zeitabschnitten, das ist gleichgiltig, aber nur mehr als einmal, denn die Belastungen eines Grundstückes mit einer derartigen Leistung fallen in das Gebiet des Hypothekenrechtes, insbesondere der Kautionshypothek. Das mag man zugeben, aber ist das Ergebniß, das hieraus für die Haftungsfrage sich ergiebt, nicht höchst eigenartig? Für eine solche nur einmal vorkommende Leistung kann ein zukünftiger Erwerber nur hypothekarisch, d. h. nur mit dem Gutswerth, also nur beschränkt haftbar gemacht werden. Es giebt kein Mittel, es anders einzurichten; und für wiederkehrende Leistungen, die, wenn sie auch nur zweimal kämen, doch gewiß eine größere Belastung des Gutes bedeuten und größere legislative Vorsicht erheischten, steht der Begründung unbeschränkter Haftpflicht für alle zukünftigen Erwerber nichts im Wege!

Faktoren näher zu prüfen, welche diese Umwandlung bewirkt haben; sie müssen uns darüber Klarheit verschaffen, welche Momente dem neuen Rechte zum Siege über das alte verholfen.

Unter den Veränderungen, welche das Rentenrecht in diesem Umwandlungsprozesse erfahren, ist eine, wie oben schon erwähnt, unmittelbar wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprungen und als zweifellos bedeutsamer Fortschritt im ökonomischen und somit auch im juristischen Sinne zu begrüßen. Die Aenderung im Exekutionsverfahren, welche den Hyperochis die nothwendige Berücksichtigung angedeihen ließ und dadurch eine größere Ausnützung der Werthe im Immobiliargüterrechte ermöglichte [1]). Aber diese Veränderung berührt eigentlich die Haftungsfrage nur sehr wenig. Wenn der Zins- oder Rentengläubiger, der ehedem im Exekutionswege das ganze Gut an sich ziehen konnte, später sich mit dem seinem Rentenrechte entsprechenden Wertantheile desselben begnügen mußte, so ist das höchstens eine Einschränkung der Realhaftung auf ein noch engeres Gebiet, jedenfalls nicht eine Veränderung in der Richtung zur unbeschränkten Haftung hin. Im alten sowie im fortgeschrittenen neuen Systeme konnte der Gedanke einer Haftung, die sich nicht über die Realität hinaus erstreckt, in der reinsten Form und mit vollster Konsequenz zur Geltung kommen. Daß aber die neue Form eine äußere Aehnlichkeit aufwies mit der Behandlung von Hypothekarschulden, für welche ziemlich gleichzeitig die Unterscheidung von persönlicher Schuld und Haftung einerseits und Sachhaftung andererseits sich einbürgerte, und daß weiter die analoge äußere Gestaltung auch ungerechtfertigte Uebertragungen von Rechtsgrundsätzen aus dem einen in das andere Gebiet nahelegten und erleichterten, die dann in der oben angedeuteten Richtung wirksam sein konnten,

---

1) Vergl. oben S. 25.

all dies sind Folgen, für die die wirthschaftlichen Verhältnisse nicht verantwortlich gemacht werden können.

Aber auch die anderen Faktoren, die oben (S. 23 ff.) als in dieser Beziehung maßgebend angeführt wurden, sind höchst eigenartiger Natur. Der Brauch, zur schärferen Anspannung des Verpflichtungsmomentes ethische und materielle Strafen anzudrohen, welche ihren Grund wohl vornehmlich in der gesteigerten Willensenergie des Drohenden finden mußten, wird für das heutige Recht kaum von Belang sein. Die Gepflogenheit, in den Fällen, wo das Gut die nöthige reale Deckung versagte, durch Bestellung von Bürgen, Pfändern und insbesondere Generalhypotheken den Haftkreis zu erweitern, und die Thatsache, daß der Bestand solcher Generalpfandrechte den Gedanken einer unbeschränkten Haftung nahelegten, wird auch nicht als ein gesunder Faktor in diesem Entwickelungsgange genannt werden dürfen. Denn die Heimath solcher Generalhypotheken und zugleich das einzige Gebiet, wo sie wirthschaftlich begründet waren, sind eben solche Fälle, wo das Gut schon überlastet oder sonst nicht geeignet war, die nöthige reale Sicherheit zu geben, also Fälle, in denen die Begründung von Reallasten ökonomisch überhaupt gar nicht zu rechtfertigen ist. Und dazu noch die rechtliche Ungenauigkeit, die aus der Generalhypothek am Vermögen des Begründers eine unbeschränkte Haftung auch aller Nachfolger machte; sie darf ebensowenig als beachtenswerther Faktor jener Entwickelung gelten, wie der weitere Umstand, daß man wegen des Vorkommens von Reallasten mit unbeschränkter Haftung auf dem Gebiete des öffentlichen und herrschaftlichen Rechtes (namentlich dort, wo persönliche Abhängigkeit bestand) den Uebergang zum gleichen Grundsatze auf dem Gebiete des Privatrechtes leichter und unmerklich hinnehmen mochte.

So kommen als letzte hier zu erwähnende Momente die

Analogie mit dem Pfandrechte und die dadurch veranlaßte Verschiebung in der Rechtsanschauung in Betracht, von der oben schon erwähnt, daß sie nicht als glückliche und gesunde zu bezeichnen ist, und endlich die im zweiten Abschnitte näher besprochenen Wandlungen der letzten Jahrhunderte, die unter dem Einflusse jener großen theoretischen und praktischen Verwirrung stehen, welche die Sturm- und Drangperiode der Rezeptionsbewegung mit sich brachte. Sie haben bekanntlich zunächst unseren ganzen Realkredit auf die kläglichste Stufe herabgedrückt, bis eine lange und mühsame Reformarbeit wenigstens die für die heutigen Wirthschaftsverhältnisse wichtigsten Rechtsformen, wie Pfandrecht und Grundschuld, wieder auf eine gesunde Basis erhob. Es ist wohl nicht anzunehmen, daß irgend jemand geneigt sein könnte, von den Veränderungen, welche in der Auffassung über die Reallasten sich unter diesem Einflusse vollzogen haben, zu behaupten, sie ruhten auf einem wirthschaftlichen Fundamente und seien als wohlbegründet zu respektiren.

Und doch müssen wir uns mit der Aufzählung dieser Momente bescheiden; ich wenigstens vermochte nicht einen einzigen Faktor ausfindig zu machen, der einem gesunden, ökonomisch begründeten und zu rechtfertigenden Bedürfnisse entsprungen wäre. Denn man darf, wie mir scheint, auch nicht darauf verweisen, daß das Bedürfniß nach größerer Sicherheit für die Reallastansprüche, die Anforderungen des Kreditwesens einen solchen Uebergang zu unbeschränkter Haftung gefordert hätte — allerdings ein wirthschaftliches Argument, das für den ersten Eindruck sehr bestechend wäre, aber dennoch nicht entscheidend sein kann.

Wo nämlich das Gut zur Deckung dieser Lasten ausreicht, braucht es der Erweiterung jenes Haftkreises nicht; dieselbe gewinnt vielmehr nur dann aktuelle und zugleich sehr

hervorragende Bedeutung, wenn das Gut nicht genügende Deckung gewährt, also überlastet ist. Die durch Anerkennung unbeschränkter Haftung erhöhte Sicherheit kommt also nicht den ökonomisch gesunden, sondern den ungesunden Reallastberechtigungen zu Gute. Und auch hier bewirkt sie nicht eine Gesundung eines wirthschaftlich kranken Verhältnisses, sondern, wie unten noch zu zeigen ist, nur Fortdauer und Steigerung des Siechthums. Kann also diesem Momente der wirthschaftliche Charakter nicht abgesprochen werden, so kann es doch andererseits nicht als wirthschaftlich zu billigender Faktor genannt werden [1]). —

So gelangen wir, wie mir scheinen will, zu dem Ergebnisse, daß alle die hier angeführten Momente wohl geeignet sind, die vollzogene Wandlung der Ansichten zu erklären, aber nicht als wirtschaftlich motivirt darzustellen und so zu begründen. Wir können auf Grund dieser Erwägungen begreifen, daß es so gekommen ist, aber wir können nicht behaupten, daß eine Entwickelung, die auf solchen Grundlagen sich aufbaute und durch solche Triebfedern gefördert wurde, in den Bedürfnissen des Lebens gegründet sei und als ökonomisch gesund und motivirt gelten könne.

Sind aber diese Ausführungen und Erwägungen richtig, dann können wir wohl füglich dem Resultate dieser Entwickelung, dem gegenwärtigen Rechte und der Thatsache, daß es gerade diese Ausgestaltung habe, viel kühler gegenübertreten. Mag dann der heutige Rechtszustand sein, wie er wolle, wenn

1) Selbst der Hinweis, daß bei Rentenbriefen u. dergl. Rechtsverhältnissen die Reallastforderung an den Besitz von nicht mehr persönlichen Schuldbriefen geknüpft werde, und daher ein erhöhter Kredit wünschenswerth sei, kann nicht verfangen. Auch hier gelten dieselben Bedenken; und fürs moderne Recht ist wohl der Hinweis auf die Grundschuld ausreichend, bei welcher dieselben Momente zutreffen, und das geltende Recht wie der Entwurf sich mit Sachhaftung begnügen.

er aus keinen besseren Elementen erwachsen ist, können wir legislativ-politische Fragen ohne weitere Rücksichtnahme auf das Bestehende schlechthin in dem Sinne lösen, wie es uns für die Zukunft am besten und zweckdienlichsten erscheint.

Für diese Frage gilt es, sich die praktischen Folgen klar vor Augen zu stellen, welche aus jeder der als möglich gedachten gesetzlichen Normirungen sich ergeben würden, um daran die Vortheile und Nachtheile beider würdigen zu können.

Wie bisher, soll auch hier zunächst nur jene Gruppe von Reallasten in Betracht gezogen werden, die sich ökonomisch als Antheilnahme an dem Erträgniß der belasteten Immobile darstellen. Dabei ist es selbstverständlich, daß solche Reallasten nur dann wirthschaftlich entsprechend sind, wenn sie in dem Gutsertrage ihre Deckung finden. Trifft dies zu, dann ist es wirthschaftlich wohl ziemlich gleichgiltig, ob für solche Reallasten beschränkte oder unbeschränkte Haftung statuirt ist; es wird zwar natürlich die rechtliche Ausgestaltung im Einzelnen bei beiden Fällen nicht gleichartig sein, aber in keinem führt sie zu Konsequenzen, die geradezu unangemessen wären [1]).

Nicht so einfach ist die Sache dann, wenn jene Grenze erreicht und überschritten wird; und wer bürgt uns, selbst wenn man die Kautelen Gerber's oder die ängstlichen Bestimmungen der älteren württembergischen Landordnungen acceptiren wollte, dafür, daß nicht doch Reallasten begründet werden, die das richtige Maß übersteigen, wer bürgt uns dafür, daß nicht solche Lasten, die vielleicht anfänglich angemessen waren, nachträglich wenn äußere Umstände den Ertrag des Gutes dauernd herabdrücken, zu Ueberlastungen werden? Sie sind dann leicht eine Quelle für wirthschaftliche Krankheitsprozesse, ihnen muß die Gesetzgebung ein vorsichtiges Auge zuwenden, und sie muß

1) Vergl. übrigens auch oben S. 131 f.

noch sorgfältiger diese Frage prüfen, wenn sie aus gut begreiflichen Gründen jene Kautelen nicht aufstellt und ohne jede rechtliche Schranke die Begründung von Reallasten frei zugiebt.

Mag beschränkte oder unbeschränkte Haftung Rechtens sein, immer wird, solange sich eine derartige Ueberlastung nahe der Grenze bewegt, der Besitzer durch Aufopferung von Vermögenswerthen, die nicht mit dem Gute zusammenhängen, suchen, jede Exekution zu vermeiden. Das liegt in der Natur der Verhältnisse begründet, daran ist unter keinen Umständen etwas zu ändern. Wenn aber dieses Bestreben sich auf die Dauer als aussichtslos erweist, wenn sich klar zeigt, daß das Gut überlastet ist, dann wird er sich bei beschränkter Haftung verhältnißmäßig leicht bestimmen lassen, das Gut der Exekution preisgeben oder zu derelinquiren. Selbst Rückstände, die in der kritischen Periode aufgewachsen sind, haben für ihn weiter keine nachtheilige Folgen, sein anderweitiges Vermögen bleibt weiterhin intakt, es wird nicht in jene wirthschaftliche Krise einbezogen, die er durch den unglücklichen Erwerb und Besitz jenes überlasteten Gutes auf sein Haupt beschworen. Völlig anders bei unbeschränkter Haftung, wo das ganze Vermögen für solche Rückstände herangezogen werden kann, wo trotz der Preisgabe jenes unglückverursachenden Gutes die Sorge für die Begleichung der bereits fällig gewordenen Rückstände nicht von dem Besitzer genommen wird. Wenn dies Rechtens ist, dann fällt für diesen ein wichtiger Faktor hinweg, der ihn bestimmen könnte, das verhängnißvolle Gut preiszugeben und so eine Beschleunigung der Krise zu bewirken; und doch wird man zugeben müssen, daß bei wirklicher Ueberlastung jeder Versuch, die Krise hinauszuschieben, durch Anhäufung der Rückstände, für die ja das ganze Vermögen des Besitzers haftet, das ökonomische Uebel nur noch steigern und vergrößern muß.

Und sehen wir andererseits auf das, was der Gläubiger

in beiden Fällen thun wird und thun kann, so liegt die Sache bei beschränkter Haftung äußerst einfach. Sobald der Schuldner im Reallastverhältniß, — entweder weil er nicht kann oder weil er einsieht, daß das Gut überlastet ist, und darum weitere Versuche, das Gut zu halten, aussichtslos und zwecklos sind, — die Leistungen einstellt, muß der Gläubiger zur Realexekution schreiten, die den Schuldner wohl um das Gut bringen kann, dem Gläubiger aber nur die Vermögenswerthe zuführt, die aus dem Gute zu erlangen sind. Im anderen Falle wird der Gläubiger es sorgfältigst vermeiden, eine Realexekution durchzuführen, die ihm voraussichtlich handgreiflich zeigen würde, wie sehr im Gute die ökonomische Deckung seiner Ansprüche nicht zu finden ist und wie sehr die Reallast, aus der jene Ansprüche fließen, der wirthschaftlichen Begründung entbehre. Er wird im Gegentheile versuchen, auf jede Weise durch Exekution in andere Vermögenswerthe sich zu befriedigen und da der Schuldner ihn nicht zwingen kann, Realexekution zu führen, und ihn selbst Dereliktion für die Vergangenheit, — nämlich von der Haftung für die bereits fällig gewordenen Leistungen, — nicht befreit, so wird der Krankheitsprozeß künstlich möglichst lange erhalten und die endliche Krise, die allein Sanirung bringen kann, möglichst weit hinaus geschoben [1]).

---

1) Die Thatsache, daß auch bei unbeschränkter persönlicher Haftung des Gutsbesitzers für die Reallastschulden eine wirkliche Ueberlastung des Gutes unvermeidlich zur Krise und damit zur Beseitigung dieser Reallast führen muß, daß also nur der ökonomische Werth des Gutes, nicht die persönliche Haftpflicht des Besitzers, den Reallasten Dauer und Bestand sichern kann, und daß demnach hierfür stets nur das Ergebniß der Realexekution entscheidend ist, sowie die oben S. 128 ff. hervorgehobene enge Verbindung, in welcher speziell Zins- oder Rentenlasten mit dem wirthschaftlichen Ertrage des Gutes stehen, lassen es mir unzweifelhaft erscheinen, daß auch dort, wo persönliche Haftung und Sachhaftung konkurriren, *wirthschaftlich* das Schwergewicht immer auf der letzteren gelegen sei.

Berücksichtigt man hierzu, daß all diese empfindlichen Schädigungen der Interessen des Besitzers um eines wirthschaftlich ungesunden und nicht zu billigenden Verhältnisses geschehen — denn darüber kann ja kein Zweifel aufkommen, daß die Errichtung und der Bestand von Reallasten, die über den Werth des Gutes hinausragen, wirthschaftlich nicht zu rechtfertigen sind —: dann wird man die wenigen Vortheile, welche die unbeschränkte Haftung mit sich bringt, wohl dem gegenüber sehr gering anschlagen.

Es sind wohl hauptsächlich nur zwei Dinge, die als Vortheile der unbeschränkten Haftung zu nennen wären: die größere Sicherheit des Gläubigers, sowie der Umstand, daß die Annahme beschränkter Haftung dem Gläubiger stets die Möglichkeit raubt, wenn Besitzwechsel eingetreten ist, wegen eventueller Rückstände sich an den ursprünglichen Besitzer zu halten, der doch den Fruchtertrag genossen und darum begründeter Weise zur Zahlung herangezogen werden könnte.

Beide Momente sind hier im Verlauf der Darstellung schon berührt worden. Bezüglich der ersteren haben wohl schon die früheren Ausführungen [1]) darauf verwiesen, daß die Erhöhung der Sicherheit nur in den Fällen eine ökonomische Bedeutung hat, wo die Realität überlastet ist, und daß sie gerade hier die übeln Wirkungen eines ungesunden Verhältnisses nur noch steigert, also gewiß vom volkswirthschaftlichen Gesichtspunkte aus nicht wünschenswerth sein kann. Und auch das andere Moment wiegt nicht gar so schwer. Daß es dabei insofern nicht zu ökonomischen Mißverhältnissen zu führen braucht, daß der ursprüngliche Schuldner eine ungerechtfertigte Bereicherung, der spätere Erwerber als eine unmotivirte Belastung erfahre, ist oben [2]) schon hervorgehoben

1) Vergl. oben S. 138.

2) Vergl. oben S. 132 Anm. 1.

worden, während umgekehrt die Thatsache, daß der Gläubiger das Zugriffsobjekt, das ihm sonst an dem ausscheidenden Besitzer zustände, bei dieser rechtlichen Ordnung entbehren muß, doch wohl gegenüber den hier dargelegten Nachtheilen dieses Systemes nicht in Betracht kommen kann. Zudem ist ja endlich noch zu überlegen, daß in allen Fällen des Realkredites — und dahin, wenigstens im weiteren Sinne, sind doch die Reallasten unter allen Umständen zu zählen — thatsächlich das Schwergewicht auf der realen Deckung gelegen ist, — selbst bei Hypothekendarlehen, mag immerhin theoretisch die Hypothek nur als ein Accessorium der persönlichen Schuld, welche die Hauptsache wäre, betrachtet werden.

Alle diese Ueberlegungen scheinen mir mit unabweislicher Nothwendigkeit dahin zu führen, daß man vom legislativ-politischen Standpunkte das Prinzip beschränkter Haftung wenigstens im Privatrechte zum beherrschenden Grundgedanken für das Recht der Reallasten erheben müsse; und speziell das im Entstehen begriffene neue bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, das im Hinblicke auf die bestehenden Territorialgesetze und Gebräuche gewiß mit Recht von der Ueberzeugung ausgeht, daß eine reichsrechtliche Regelung des Reallastenrechtes unerläßlich sei[1]), sollte seine Normen auf diesen Grundlagen aufbauen[2]).

1) Vergl. Motive 3, 572 ff.

2) Noch weiter zu gehen und die Haftung etwa überhaupt nur auf den Fruchtertrag selbst einzuschränken, wie es die badische Gesetzgebung bezüglich der realen Haftung gethan hat (s. o. S. 78), schien mir indes verfehlt, denn der ökonomische Vortheil, den Grund und Boden dauernd gewährt, und der oben als die thatsächliche Grundlage bezeichnet wurde, auf der sich der Aufbau des Reallastsystemes rechtfertigt, erschöpft sich ja weitaus nicht in dem physischen Fruchtertrage. Zudem ist dieser im Einzelnen viel zu sehr abhängig von zufälligen und im Willen des Besitzers gelegenen Faktoren. Nicht, daß der Einzelne den Nutzen thatsächlich gewonnen hat, sondern daß ihm die Möglichkeit gegeben ist, denselben zu

Dabei würde zunächst der eine, freilich nur äußerliche Vortheil erreicht werden, daß das Reallastenrecht sich harmonisch in das Gefüge unseres Realkreditrechtes einfügt, es würde neben Hypothek und Grundschuld seine angemessene Stelle finden. Aber auch alle die Grundsätze, welche dort mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Verkehrs und Klarheit des Immobiliargüterrechtes — also gewiß nicht zufällig — sich allgemeine Geltung erobert haben, wie die Nothwendigkeit bücherlicher Eintragung und selbst die Angabe der Belastungshöhe mit einem Geldbetrage [1]) könnten und müßten hier m. E. ohne irgendwie die freie Entfaltung des Reallastenwesens zu hemmen und einzuengen mit der gleich segensreichen Wirkung zur Anwendung gebracht werden, die sie anderwärts für den Realkredit geübt haben.

Schließlich scheint mir auch die oben berührte Frage nach der Abgrenzung des Gebietes, innerhalb dessen Reallasten mit anderweitigem Inhalte, der nicht in einer Antheilnahme an der Bodenrente besteht, zugelassen werden sollen, durch die Statuirung beschränkter Haftung eine befriedigende Lösung zu finden. Während die Zulassung der Radizirung solch be-

ziehen, rechtfertigt die Begründung und den Bestand der Reallasten. Nicht, was der einzelne, vielleicht nachlässige Besitzer aus dem Gute thatsächlich für ökonomischen Nutzen zieht, sondern was man normaler Weise aus dem Gute bei seinen Eigenschaften und seiner Lage gewinnen kann, ist entscheidend. Der ziffermäßige Ausdruck dieser in dem Gute gelegenen ökonomischen Potenz, die Kapitalisirung der Bodenrente in diesem Sinne, ist der Gutswerth, er ist nicht etwas Absolutes, das auch unbekümmert davon bestände und damit in keinem Zusammenhang stände, und darum erscheint die Rückbeziehung auf diesen wirthschaftlich vollauf gerechtfertigt.

1) Es mag zweifelhaft sein, ob man sich hierbei mit der Angabe des Geldäquivalentes der Rente oder des Kapitalswerthes begnügen soll. Mir schiene das erstere dem Charakter der Rente entsprechender, und man darf nicht besorgen, daß die Schwankungen im Zinsfuße, wonach zu verschiedenen Zeiten eine solche Rente zu kapitalisiren wäre, eine Gefährdung des Realkredites liege. Denn den gleichen Schwankungen unterliegt wohl der Güterwerth selbst, der ja seinem Wesen nach auch nichts anderes als eine Kapitalisirung der Ertragsrente darstellt. (Vergl. die vorhergehende Anm.)

liebiger Leistungspflichten an Grund und Boden unter Anerkennung unbeschränkter Haftung für die Erfüllung wohl zu ökonomisch unerträglichen Folgen führen könnte, sind derlei Reallasten, wenn man ihre Begründung schon zugeben will, in der Form, daß dem Besitzer eines so belasteten Gutes nichts anderes als Realexekution drohen kann, wie mir scheinen möchte, für den einzelnen Besitzer wie für den allgemeinen Realkredit nicht mehr so gefährlich, weil sie am Ende für den einzelnen Besitzer ökonomisch nicht viel anders wirken, als wenn für die Erfüllung einer einzelnen Verbindlichkeit dieser Art auf dem Gute eine Kautionshypothek bestellt ist. Die Einordnung unter die allgemeinen Grundsätze des Immobiliarkreditrechtes würde m. E. all die Bedenken wesentlich mindern und zum Theile beseitigen, welche sonst in so reicher Zahl gegen ihre Errichtung und rechtliche Zulässigkeit beständen.

So dürfte das hier verfochtene Prinzip beschränkter Haftung geeignet sein die Wege zu ebnen, auf denen das Reallastenrecht seine zukünftige Entfaltung ungehindert und in einer den wirthschaftlichen Bedürfnissen aller Theile entsprechenden Weise finden könnte. Stellt das bürgerliche Gesetzbuch, das wir für das Deutsche Reich zu erwarten haben, sich auf diesen Standpunkt, so können Reallasten überall, wo die wirthschaftlichen Bedürfnisse die Entstehung solcher erfordern, ungehindert und uneingeschränkt ins Leben treten, und zwar in einer rechtlichen Form, die ebenso den berechtigten Interessen der unmittelbar Betheiligten und den Bedürfnissen allgemeinen Realkreditwesens volle Rechnung trägt, wie sie andererseits ungesunden Wucherungen und den darin liegenden Gefahren den Boden entzieht. Zu erwägen wäre daneben freilich noch die Frage, ob es nicht wünschenswerth wäre, durch Vorschriften über Ablösbarkeit und Kündbarkeit auch den Gefahren vorzubauen, die durch die Möglichkeit ewiger Lasten der Volkswirthschaft

drohen können. Im Prinzipe ginge meine Meinung dahin, daß es sich empfehlen würde, reichsgesetzlich für Reallasten, die auf unbegrenzte (ewige) Dauer begründet werden, Bestimmungen zu treffen, die unter gewissen Kautelen wenigstens dem Schuldner im Reallastverhältnisse die Möglichkeit einer Ablösung gewährleisten würden. Doch soll auf diese Frage hier nicht näher eingegangen werden.

Im übrigen mag dann getrost, wenn durch eine derartige Ausgestaltung des Rechtsinstitutes ökonomisch schädliche Wirkungen im Allgemeinen ausgeschlossen sind, es der Territorialgesetzgebung überlassen bleiben, im Anschlusse an territoriale Gebräuche oder Bedürfnisse die Entstehung gewisser Reallasten, die etwa z. B. der Tendenz der Grundentlastungsgesetze entgegen wären, auszuschließen oder einzelne Arten derselben einer besonderen rechtlichen Regelung zuzuführen. Der Entwurf braucht darauf mit Rücksicht auf die Verschiedenheit in den Territorialrechten nicht einzugehen. Er muß nur sorgen, daß durch die Rechtsinstitute, wie er sie reichsrechtlich sanktioniert, die Rechtsgebräuche der verschiedenen Gebiete möglichst frei, aber auf gesunder Basis Fortbestand und Entwickelung finden können. Und dafür dürfte nach dem Gesagten die hier vorgeschlagene Normirung des Reallastenrechtes die geeignete Form sein.

Daß wir dabei auf die Grundlagen zurückkehren, welche das ältere deutsche Recht auf diesem Gebiete zur Anwendung brachte, und die nur durch eine ungesunde, wirthschaftlich nicht begründete Entwickelung allmählich verloren und verlassen wurden, darin wird man, zumal bei einem Rechtsinstitute von so ausgesprochen deutschem Charakter und in einem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich nichts Bedenkliches oder Unnatürliches erblicken können.

II.

Die Wirkungen des Rechtsirrthums[1]) mit einem Exkurs über den Ersitzungstitel.

Von Dr. **Karl Adler,** Privatdozenten in Wien.

Inhalt:

---

1) Dig. XXII, 6; Cod. I, 18. De iuris et facti ignorantia. Aus der Litteratur: Mühlenbruch, Arch. f. civ. Prax. II, 361—451;

I. Die herrschende Lehre.

§ 1.

Die herrschende Lehre läßt sich in folgende, wie wir sehen werden, durchwegs quellenmäßig belegte Sätze bringen:

Das Recht gestattet in vielen Fällen die Berufung auf den entschuldbaren Irrthum, um die nachtheiligen Folgen der von dem Irrthum beeinflußten Handlungsweise ab- oder sogar dem Irrenden gewisse Vortheile zuzuwenden [2]).

Der Rechtsirrthum ist kein entschuldbarer Irrthum, denn das Recht ist bündig, einfach und zugänglich, und soll Jedem, soweit es ihn angeht, bekannt sein. Hiervon giebt es Ausnahmen, welche theils auf objektiven Gründen beruhen (z. B. Unklarheit des Gesetzes, Kontroversen), theils auf subjektiven (z. B. Rusticitas, Minderjährigkeit, personae, quibus permissum est ius ignorare).

Savigny, System III, Beil. VIII; Vangerow, Pand. § 83, IV, V; Bruns, Wesen der bona fides, 1872, insbes. § 12 flg.; Wächter, Bona fides, 1871, IV—VI, Pand. § 72, Württemberg. Priv.R. II § 21; Windscheid, Pand. § 79a; Dernburg, Preuß. Priv.R. I § 108 Anm. 2, Pand. I § 87; Bekker, Pand. § 84 S. 22 flg; Hölder, Pand. § 45 S. 233; Kühne, Jahrb. f. Dogmatik XVII, 10 flg.; Regelsberger, Pandekten 1893 I § 128; Unger, System des österreichischen allg. Privatrechts II, 33, 35; Pfaff u. Hofmann, Komm. zu § 2, VI; Zachariae v. Lingenthal, Franz. Civ.R. I, 71, 565, 624; II, 451, 689, 782; III, 51; Blackstone, Commentaries, London 1774, IV, 27; S. Stephen, Commentaries, London 1886, IV, 31; Kent, Commentaries, Boston 1868, II Nr. 477. S. ferner A. Menger, Das bürgerl. R. und die besitzlosen Volksklassen (1890) VIII. Dann Binding, Normen II, 310; Liszt, Strafrecht 1892 § 39, 40 Nr. 2; Heinemann, Zeitschr. für Strafrechtswissenschaft XIII, 372.

2) z. B. bona fides als Usucapionserforderniß.

Von einigen wird auch den fr. 7, 8 [1]) h. t. der Satz entnommen, daß ein entschuldbarer Rechtsirrthum wenigstens dort berücksichtigt werde, wo derselbe zur Abwendung eines Schadens von dem Irrenden, nicht aber zur Behauptung eines Vortheils berufen werde.

Diese Lehre ruht ihrem innersten Kerne nach auf einem unrichtigen Grunde, welchen Neratius im 2. Jahrhundert p. Chr. n. mit einem Scheine von Berechtigung aussprechen durfte: cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat (fr. 2 h. t.).

Wenn wir heute diesen Satz oder einen ähnlichen in einem mehrbändigen Pandektenlehrbuche finden, welches wir aus einer hunderttausendbändigen juristischen Bibliothek hervorgesucht haben, so muthet er uns wie eine Ironie an. Auch paßt es schlecht zu demselben, daß wir wie auch die Römer

---

1) Dieses letztere bei Savigny u. Dernburg (Pand.) mit Hinweglassung der eingeklammerten Stelle gedruckte Fragment Papinian's lautet: Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest (iuris autem error nec feminis in compendiis prodest): ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet. Da nun — so schließt Vangerow und mit ihm Dernburg — unter dem nützlichen d. h. zu berücksichtigenden Thatirrthum, nur der entschuldbare gemeint sein kann, so ist das Erforderniß der Entschuldbarkeit auch beim Rechtsirrthum zu ergänzen.

Wir halten noch immer den fr. 7 & 8 cit. gegenüber dem skeptischen Standpunkt für gerechtfertigt. Denn einmal ist der durch die formell korrekte Vangerow-Dernburg'sche Interpretation gewonnene Rechtssatz schwerlich brauchbar — höchstens eine von den uns später oft begegnenden Verlegenheitsausnahmen von dem falschen Prinzip: error iuris nocet (s. u. § 11 ad 2); dann aber ist fr. 8 dadurch verdächtig, daß es die Frauen rücksichtlich des Rechtsirrthums mit den Männern auf eine Linie stellt. Das Gegentheil ist aber mehrfach bezeugt (§ 11 ad 2). S. zu dieser Stelle den historischen Erklärungsversuch Savigny's l. c. S. 144, andererseits Hölder l. c. Anm. 6.

geneigt sind, die Thatfrage, quae etiam prudentissimos fallit, den mit Laien besetzten Bänken unserer Gerichte zu überlassen, die Rechtsfrage aber den gelehrten Bänken vorzubehalten.

Es wird sich zeigen, daß die falsche Lehre um eines richtigen Kernes willen aufgestellt, beibehalten und in einer ganz eigenthümlichen Weise durch Ausnahmen befestigt — d. h. in diesem Falle: erträglich gestaltet worden ist.

II. Grundlegung der richtigen Lehre.

§ 2.

Wir stellen der herrschenden Anschauung folgende Sätze entgegen, welche zunächst für sich selbst sprechen sollen.

Zwischen Rechts- und Thatirrthum besteht kein Gegensatz bezüglich der Entschuldbarkeit. — Keine Ausnahme hiervon bildet der selbstverständliche Satz, daß ein Rechtssatz auch auf denjenigen angewendet wird, welcher denselben nicht kennt oder verkennt. In diesem Sinne kann man sagen: Der Irrthum über das Recht vermag dessen Anwendung nicht abzuwenden.

Der Grund hiervon liegt aber in der Regel (s. unten § 11) nicht darin, daß das Recht fordert, daß wir es kennen [1]), sondern darin, daß es dies nicht fordert, noch voraussetzt.

---

1) Vielmehr dürfen wir vom Recht fordern, daß wir es nicht zu kennen brauchen. Als Erste heben diesen Punkt Pfaff und Hofmann hervor, insbes. S. 151: „Es besteht keine selbständige Verpflichtung desjenigen, den das Gesetz angeht, von demselben Kenntniß zu nehmen, sondern höchstens gegen dasselbe nicht zu verstoßen, und dieser wird schon dadurch genügt, daß man selbst ohne Kenntniß von dem Inhalt desselben in Gemäßheit seiner Vorschriften handelt; noch viel weniger kann von einer Verpflichtung Jedermanns, alle Gesetze des Staates, auch diejenigen, die auf den Betreffenden keine Anwendung leiden, zu kennen, die Rede sein."

Denn seine Anwendung auch auf den Unwissenden soll gerecht sein. Aber auch wo das Recht dieser Anforderung nicht genügen kann, stellt es sich dem Subjekt wie eine andere äußere Thatsache entgegen, welche denjenigen zu Schaden bringen kann, welcher sie ignorirt. Das kann nun in nicht seltenen Fällen zu einer Härte führen, was wieder eine doppelte Folge hat. Einmal mußte, um naheliegenden, die Festigkeit des Rechts erschütternden Billigkeitstendenzen entgegenzutreten, unser an sich selbstverständlicher Satz ausgesprochen und wiederholt eingeschärft werden, wobei er eine ungenaue traditionelle Form annahm: ignorantia iuris nocet, und in dieser durch die Antithese zum Thatirrthum den völlig schiefen Sinn bekam, in welchem wir ihn von den römischen Juristen übernommen haben. Dies ist die wahre Entstehung des Satzes von der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums. Zweitens wurden aber auch Ausnahmen zugestanden, welche jene Härte mildern sollten. Da aber der Satz selbst unter den Händen der Wissenschaft sein Aussehen verändert hatte, aus einem selbstverständlichen, nicht eben weittragenden Prinzip zu einem schreienden Paradoxon von weitreichenden Folgen geworden war, so erhielt die Ausnahmebildung den erweiterten Beruf, das falsche Prinzip formell und scheinbar zu befestigen und es erträglich zu machen, indem sie es materiell unterwühlte. Und es ist an der Zeit, daß sein morsches Gemäuer auch sichtbar zusammenstürze.

Nun aber haben die Ausnahmen, welche den falschen Inhalt jenes Prinzips nur theilweise aufzehrten, auch den richtigen Kern desselben nicht verschont. Da zwischen dem richtigen Satz [1]): Der Irrthum über einen Rechtssatz kann dessen Anwendung

1) Diese Sätze werden künftig, um endlose Wiederholungen zu vermeiden, unter der Bezeichnung „der richtige" bezw. „der falsche Satz" verstanden.

nicht abwenden, und dem falschen — der Rechtsirrthum ist prinzipiell irrelevant, weil unentschuldbar — nicht unterschieden wurde, so wurden jene verschiedenen Ausnahmen, welche die Unerträglichkeit des falschen Satzes zu paralysiren bestimmt sind, auch auf den richtigen Satz bezogen, und haben, ohne doch ihre wahre Absicht ganz zu erreichen, hier und da zu einer ganz unberechtigten Preisgebung desselben geführt. Vollen Schutz findet derselbe durch unsere Lehre. Wo das Geltungsgebiet des richtigen Satzes beginnt, da bleibt auch der entschuldbarste Rechtsirrthum prinzipiell irrelevant, findet daher die prinzipielle Gleichstellung von Rechts- und Thatirrthum ihre Grenze.

Wir unterscheiden [1]):

1) Ausnahmen, welche als Ausnahmen von dem richtigen Satz, daher umsomehr von dem weitergehenden falschen Satz gerechtfertigt sind oder doch wenigstens Erwägung verdienen; dahin gehört besonders, daß das Recht gegen Personen, welche seinen Feinheiten und Fallstricken nicht gewachsen sind, sich nicht um jeden Preis und in aller Strenge durchsetzen soll. (Minderjährigkeit, Rusticitas, heute vielleicht auch große Armuth.)

2) Ausnahmen, welche einzelne Fälle richtig hervorheben, in welchen der Rechtsirrthum in Widerspruch mit dem falschen Satz entschuldbar sein soll. Hierher gehört vor Allem die Berücksichtigung des Irrthums über kontroverses Recht. Wollte man solche Ausnahmen auch auf den richtigen Satz beziehen und sagen: kontroverses Recht ist auf denjenigen, welcher auf Grund der falschen Meinung gehandelt hat, nicht zu dessen Nachtheil anwendbar, — so könnten wir uns bald jede Kontroverse ersparen. Zu dieser Konsequenz führt aber die herrschende

1) Näheres unten §§ 10, 11.

Lehre, welche aus dem falschen Satz den richtigen Kern nicht herauszuheben vermag.

3) Verlegenheitsausnahmen ohne jeden richtigen juristischen Kern, welche bei irgend einer Gelegenheit das Rechtsgefühl von dem Joche des falschen Prinzips befreien sollen. Dahin gehört die zu S. 151 N. 1 erwähnte Ausnahme, dann auch wohl die begünstigte Stellung der Frauen, überhaupt die ungemessene Ausdehnung der ad 1 erwähnten Ausnahmen.

Diese Grundsätze näher auszuführen, könnte nun Manchem überflüssig erscheinen, welcher bedenkt, daß der Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches dem Rechtsirrthum keine Sonderstellung mehr einräumt, daß Wächter, Dernburg, Pfaff und Hofmann bereits von dem richtigen Satze ausgehen. Aber doch haben selbst die fortgeschrittensten dieser Autoren, Pfaff und Hofmann (s. o. S. 152 N. 1) den naheliegenden Schritt nicht gethan, den falschen Satz von der allgemeinen Irrelevanz des Rechtsirrthums als auf irriger Generalisirung des richtigen Satzes beruhend hinzustellen. Vielmehr acceptiren alle selbst diese Generalisirung und werden sich des Unterschieds zwischen beiden Sätzen gar nicht oder wie Dernburg[1]) nicht klar bewußt. Dies zeigt sich bei allen den genannten Schriftstellern daran, daß sie Ausnahmen anführen, welche vom Standpunkt des richtigen Satzes keine sind oder sein sollen, sei es, weil diese Ausnahmen nur den falschen Satz und gar nicht den engen Inhalt des richtigen Satzes einschränken[2]), sei es, weil sie dies nur zu Unrecht thun

1) Dieser leitet (Pr. Pr.R. § 20) die Nichtberücksichtigung des Rechtsirrthums über Strafgesetze noch aus der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums ab.

2) Dahin gehört es, wenn Dernburg (Pr. Pr.R. § 20) die Nichtberücksichtigung des Civilirrthums auf dem Gebiete des Strafrechts, wenn ferner sämmtliche genannte Autoren die Gründung der Cond. indebiti auf Rechtsirrthum, sofern dieselbe zulässig ist, als Ausnahme an-

würden und nur zur Einschränkung des falschen Satzes aufgestellt sein können[1]). Ueberdies stellen Pfaff und Hofmann den falschen und den richtigen Satz nebeneinander auf, als ob dieselben nur verschiedene Formulirungen wären[2]).

Auch ist das Schweigen des Entwurfes ein Schweigen der Verlegenheit angesichts der schwankenden Doktrin; es sollte der richtige Satz jedenfalls ausgesprochen und vielleicht durch vorsichtige, jedoch sozialpolitisch sehr wichtige Ausnahmen begrenzt werden[3]).

Die Zerfahrenheit der Lehre von bona fides und Ersitzungstitel hat, wie wir sehen werden, gleichfalls der falsche Satz auf dem Gewissen und noch mehr der Mangel an bewußter Abgrenzung der beiden Sätze und ihrer wirklichen oder prätendirten Geltungsgebiete. Diese Abgrenzung durchzuführen, ist oft eine keineswegs leichte Aufgabe.

Endlich wird jeder erfahrene Jurist wissen, wie der Satz von der Unentschuldbarkeit dem Praktiker, namentlich dem halbgebildeten, durch seine Faßlichkeit und Kürze in Fleisch und

führen. In beiden Fällen liegt eben kein Irrthum über das auf den zu entscheidenden Fall anzuwendende Recht vor.

1) S. oben sub 2.

2) l. c. S. 152: „Wer in einem Rechtsirrthum befangen handelt, dessen Handlung bringt regelmäßig ganz dieselben Folgen und Wirkungen hervor, wie wenn der Handelnde nicht geirrt hätte.“ (Unrichtig.) ... „daß das Gesetz seine Wirkungen zu äußern habe, gleichviel ob diejenigen, die es nicht kannten, von diesen Wirkungen unangenehm oder angenehm oder in ihren Interessen gar nicht berührt werden.“ (Richtig.) Die erste Formulirung ist von Unger übernommen. Ganz korrekt, jedoch nur für das Strafrechtsgebiet ist die Darstellung Liszt's. Dagegen zeigt die cit. Binding'sche Untersuchung, wie wenig die vorgetragene Unterscheidung der beiden Prinzipien durchgedrungen ist. S. bes. S. 330 a. E. Weder in den neuern Pandektenlehrbüchern (das Dernburg'sche inbegriffen), noch in der mir bekannten Praxis findet sich von derselben eine Spur.

3) S. A. Menger l. c. unten § 11 ad 2.

Blut übergegangen ist, während seine Ausnahmen nach dem Examen bald unter die Schwelle des Gedächtnisses sinken. Schon im Bureau des Advokaten, dann in dem des Richters tönt er tausendfach dem seines guten Rechtes sich bewußten Laien entgegen, und in tausend Fällen, welche gar nicht zu einer gründlichen Behandlung gelangen und die in keiner Entscheidungensammlung, keinem Archiv zu finden sind, entfaltet er eine verderbliche Massenwirkung. „Dir ist nicht zu helfen, denn Du hast im Recht geirrt, und error iuris nocet, d. h.:" (folgt Uebersetzung und Erklärung), hört man da. Und gegen einen Gemeinplatz, zumal gegen einen lateinischen, giebt es oft keine Waffe.

Es liegt daran, daß das falsche Dogma selbst aus Büchern und Vorlesungen verschwinde, oder nur als historische Reminiscenz figurire, und daß das Flickwerk von falscher Regel und fast kindischem Ausnahmekram, welches heute unter der Ueberschrift „Rechtsirrthum" zu finden ist, einigen kurzen Bemerkungen in der Lehre vom objektiven Recht (nicht vom Irrthum [1])) weiche.

III. Der falsche Satz von der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums und seine Ausnahmen.

§ 3. Rechtsvergleichende Uebersicht.

Der Satz: Der Rechtsirrthum ist unentschuldbar, bildet in den verschiedenen Formen, in welchen er sich von einer Kodifikation zur anderen fortschleppt, nachdem die Theorie vor 1700 Jahren einmal durch Neratius falsch „instradirt" war,

1) Diese falsche systematische Eintheilung findet sich außer bei den meisten Schriftstellern dieses Jahrhunderts im sächsischen und italienischen Civ.-Ges.-Buch. Den Gesetzgebungen aus der Zeit der Wende des Jahrhunderts ist sie fremd (s. § 3).

eine lebendige Illustration zu Goethe's Wort von der ewigen Krankheit.

In einer Kraftstelle des römischen Rechtes, zudem in einem kaiserl. Reskript, ist der im Rechte Irrende kein Irrender, sondern ein Dummkopf (fr. 9 § 2 h. t.).

Das allg. Landrecht sagt in Einleitung I § 12: „Es ist aber auch ein jeder Einwohner des Staats, sich um die Gesetze, welche ihn oder sein Gewerbe und seine Handlungen betreffen, zu erkundigen gehalten; und es kann sich Niemand mit der Unwissenheit eines gehörig publizirten Gesetzes entschuldigen." Das österreichische allg. bürgerl. Gesetzbuch (§ 2) sagt ganz ähnlich: „Sobald ein Gesetz gehörig kundgemacht worden ist, kann sich Niemand damit entschuldigen, daß ihm dasselbe nicht bekannt geworden sei." Desgleichen bestimmt § 97 des sächsischen bürgerl. Gesetzbuchs: „Auf Unkenntniß eines gehörig bekannt gemachten Gesetzes kann sich in der Regel Niemand berufen." Im Code Nap. fehlt eine allgemeine auf den Rechtsirrthum gemünzte Bestimmung. Der ital. Cod. civ. sucht diesen Fehler schnell zu verbessern und schiebt zwischen seine dem Cod. Nap. entnommenen Artikel 1108 und 1110 folgenden Artikel 1109 ein: L'errore di diritto produce la nullità del contratto solo quando ne è la cosa unica o principale.

In dem spanischen Codigo civ. von 1888 fällt der falsche Satz, um — sei es mit dem Bewußtsein der Neuerung oder nicht — in Art. 2 dem richtigen Platz zu machen. „La ignorancia de las leges no escusa de su complimiento."

Daß sich die angloamerikanische Jurisprudenz in ähnlichen Nöthen befindet wie die unsere, sehen wir aus den p. 150 angeführten Stellen des Kent'schen Kommentars, gleichzeitig aber, daß einzelne Entscheidungen bereits einen völlig korrekten Standpunkt einnehmen. Kent verneint die Frage, ob ein Geschäft

wegen Irrthums über das Recht angefochten werden kann, und kann sich mit diesem seinem Prinzip in der Praxis nicht zurechtfinden. Er erkennt nicht, daß die Beantwortung der Frage davon abhängt, ob der verkannte Rechtssatz gerade der vom Richter anzuwendende (law of the case) sei, oder ein anderer, der vielleicht zur irrigen Annahme einer Verpflichtung zum Abschluß des angefochtenen Rechtsgeschäfts führte. Zwei Note e angeführte Kentucky'sche obergerichtliche Entscheidungen treffen aber diese Unterscheidung mit voller Schärfe, was wir als willkommene Unterstützung registriren.

Außerdem wird mitunter die Ansicht vertreten, daß wohl ein Mißverständniß (mistake), nicht aber die Unkenntniß des Rechts might be ground for relief in equity. Dies gehört in die Kategorie der wild und regellos wachsenden Ausnahmenbildung, der wir schon im römischen Rechte begegnen, zu welcher der falsche Satz, den man seines richtigen Kernes wegen nicht los werden kann, Anlaß giebt.

Blackstone und Stephen erwähnen den Satz error iuris nocet nur in ihren strafrechtlichen Erörterungen, jedoch als einen allgemein gültigen.

Im Uebrigen bedarf die innere Hohlheit des Satzes von der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums wohl keines Beweises. Eine andere Frage, welche eine Rücksichtnahme auf die positiven Bestimmungen der einzelnen Rechte nothwendig macht, ist die nach der Anwendbarkeit und Geltung desselben.

§ 4. Die Quellenaussprüche allgemeineren Inhalts.

In der Justinianischen Kompilation ist die Unentschuldbarkeit so apodiktisch ausgesprochen, daß der Angriff auf dieses Dogma für das gemeine Recht auf den ersten Blick wie eine offene Auflehnung gegen den Willen des Gesetzes erscheint. Aber

ich glaube, daß sich selbst für das römische und um so mehr für das heutige gemeine Recht zeigt, daß wir in demselben mehr den Ausdruck einer irrigen Meinung der Kompilatoren und ihrer Vorgänger als die wirkliche Absicht des Rechtes zu erblicken haben.

Zunächst ist es nicht nur an sich wahrscheinlich, sondern auch durch einzelne Quellenstellen bezeugt, daß der richtige Satz von der Einflußlosigkeit des Irrthums über das anzuwendende Recht auch in Rom den Kern des in Rede stehenden Dogmas bildete, und daß die Ausdehnung auf andere Fälle nur auf einem Mangel an Unterscheidungsvermögen und auf der falschen Logik beruht, daß jener richtige Satz sich nur durch Berufung auf die Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums rechtfertigen lasse.

So besonders schön c. 2 h. t. **Cum ignorantia iuris excusari facile non possis, si maior annis hereditati matris tuae renuntiasti, sera prece subveniri tibi desideras.**

Desgleichen bestätigen die Konstitutionen 1, 3, 13 desselben Titels wie auch c. 9 De leg. I, 14 nur den richtigen Satz.

Hierher gehört auch die selbstverständliche Entscheidung, daß ein Gläubiger, dem die exceptio des S.C. Macedonianum entgegensteht, sich nicht auf seine Unkenntniß dieses Gesetzes berufen darf (fr. 3 ad Sen. Maced. XIV, 6, c. 9, pr. h. t.)[1]), ferner die Stellen, welche die Anwendung des Strafrechts auf die desselben nicht Kundigen einschärfen[2]).

Eine vielcitirte Quellenstelle soll beweisen, daß die römischen Juristen ihr auf dem angedeuteten Wege gewonnenes Dogma von der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums zuweilen als

---

1) Hierzu Savigny l. c. XIII.

2) z. B. fr. 11 § 4 De his qui notantur inf. III, 2. Weitere Citate bei Mühlenbruch l. c. 406, Savigny l. c. XX, Binding l. c.

völlig nichtssagenden Gemeinplatz im Munde führten[1]), wie sie ihn auch mit einer nichtssagenden Floskel gelegentlich in die Ecke stellten[2]).

Fr. 32 § 1 De usurp. XLI, 3. Si quis id quod possidet non putat sibi per leges licere usucapere: dicendum est etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem; vel quia non bona fide videatur usucapere, vel quia in iure erranti non procedat usucapio.

Offenbar ist die Usucapion nicht durch die, sondern trotz der Rechtsirrthümlichkeit des Glaubens an das Ersitzungshinderniß gehindert, und zwar durch die Existenz des Glaubens an dasselbe, und sie wäre dies auch, wenn sich der Glaube auf einen thatsächlichen Irrthum oder auf Wahrheit gründen würde.

Da wir nun gesehen haben, daß der Satz von der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums aus Entscheidungen abstrahirt und für an sich richtige Entscheidungen verwerthet wird, mit welchen er in keinerlei echtem logischen Zusammenhange steht, so wird er für uns auch in jenen Fällen nicht allzuviel Gewicht besitzen, wo er rein als Dogma auftritt, wo uns seine praktische Verwendung von den Kompilatoren vorenthalten wird. So:

1) Mühlenbruch bemerkt l. c. S. 380 Anm. 45 zu dieser Stelle, daß auch die röm. Juristen „es nicht verschmähten, durch nichtssagende Gründe ihren Darstellungen einen gewissen Glanz (!?) zu geben". Seither gab es viele von dem Glauben an die Unfehlbarkeit der röm. Juristen zeugende Erklärungen. Vgl. Wächter, Bona fides § 22. Das sächs. bürgerl. Gesetzbuch läßt Usucapion bei irriger mala fides zu (§ 269). An dieser verfehlten Entscheidung kann man m. E. die wahre Ueberlegenheit des Römers ermessen. Denn jetzt ist es sächsisches Recht, daß ich usucapiren kann, wenn ich den Verkäufer irrig für minderjährig halte, während er blödsinnig ist. (S. jedoch Windscheid § 177 Nr. 5, Wächter, Bona fides S 98 flg.)

2) S. unten S. 198.

c. 12 h. t. Constitutiones principum nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus.

Diese Stelle, ferner das in fr. 9 § 5 cit. enthaltene Reskript mit seiner überenergischen Sprache, dann besonders c. 9 de leg. cit. deuten an, daß auch die cäsaristisch absolutistische Staatsanschauung, welche hinter dem Nichtkennen ein Außerachtlassen (Ignoriren) wittert, und von der Weisheit und Wissenswürdigkeit ihrer Emanationen überzeugt ist; an der Bildung des falschen Satzes nicht unbetheiligt ist. Ueberdies kann diese Stelle ebensowohl nur den richtigen Satz von der Anwendbarkeit des Rechts auf den Unwissenden ausdrücken wollen.

Ferner gehören zu den bloß abstrakten, allgemeinen Aussprüchen fr. 2, 9 pr. h. t.

Wir gehen nun dazu über, konkrete Entscheidungen der Quellen, in welchen die Anwendung ihrer Lehre vom Rechtsirrthum bei einzelnen Rechtsinstituten hervortritt, zu untersuchen.

§ 5. Der Rechtsirrthum bei Fristenlauf.

Zu den Entscheidungen, welche, wiewohl an sich richtig, mit der Frage der Entschuldbarkeit des Rechtsirrthums nichts zu schaffen haben, sondern in Wahrheit auf ganz anderen Gründen beruhen, gehören vor Allem die Entscheidungen des fr. 1 h. t. (Paulus) über den Einfluß des Rechtsirrthums auf den Fristenlauf:

§ 1. Ignorantia vel facti vel iuris est. Nam si quis nesciat decessisse eum, cuius bonorum possessio defertur, non cedit ei tempus: sed si sciat quidem defunctum esse cognatum, nesciat autem proximitatis nomine possessionem sibi deferri, aut se sciat scriptum heredem, nesciat autem quod scriptis heredibus praetor possessionem promittit,

cedit ei tempus quia in iure errat, idem est si frater consanguineus defuncti credat matrem potiorem esse. § 2. Si quis nesciat se cognatum esse, interdum in iure interdum in facto errat, nam si et liberum se esse et ex quibus natus sit sciat, iura autem cognationis habere se nesciat, in iure errat: at si quis (forte expositus) quorum parentium esset ignoret, fortasse et serviat alicui putans se servum esse, in facto magis quam in iure errat. Vgl. § 3, 4 desselben Fragments und fr. 2 quis ordo XXXVIII, 15 (Ulpian).

In diesen Fragmenten stellen Paulus und Ulpian Untersuchungen über den Fristenlauf zur Agnition der bonorum possessio an. Es steht fest, daß die Frist a tempore scientiae lief (wie jedes tempus utile)[1]; nicht bekannt ist, wie dieses Erforderniß im Edikt ausgedrückt war[2]). Nicht angegeben war höchst wahrscheinlich der objektive Ausgangspunkt der Frist, welcher dann in Betracht kommt, wenn Scientia von vornherein vorhanden ist, und gewiß nicht der Gegenstand der Scientia. In diesen beiden Beziehungen finden wir die Jurisprudenz auch bei anderen actiones utiles auf sich selbst angewiesen.

1) Die eingeklammerten Worte entsprechen nicht der herrschenden Meinung (Savigny l. c. XXVI). Diese wird nicht bewiesen 1) dadurch, daß in Fällen, wo vernünftigerweise die Unkenntniß des Beginns des Fristenlaufs faktisch ausgeschlossen erscheint (Restitution des Minderjährigen, des Absens) von dem Erfordniß der scientia keine Rede ist (Savigny eod. sub E); 2) auch dadurch nicht, daß dies höchst ausnahmsweise auch sonst vorkommt, da ja in der „utilitas" jenes Erforderniß schon enthalten war, wie fr. 2, quis ordo XXXVIII, 15, fr. 8 De his qui not. inf. III, 2 und fr. 55 de Aed. Ed. XXI, 1 klar aussprechen (vergl. Dernburg, Pand. § 90 Anm. 6).

2) Nach Savigny's geistreicher, auf die Analogie der cretio und einen Passus aus fr. 2 pr. Quis ordo XXXVIII, 15 gestützten Kombination l. c. S. 404, 405 möchte ich restituiren: intra annum (centum dies) ubi primum scierit poteritque.

Der objektive Ausgangspunkt nun kann für die Fristen der Agnition unzweifelhaft kein andrer sein, als der Eintritt der Delation. Schwieriger ist anzugeben, was der Gegenstand der für den Fristbeginn maßgebenden Scientia war. Nur das Eine ist sicher, daß der Beginn einer Frist für Geltendmachung eines Rechtes nicht an den völlig ungewissen Eintritt eines uneruirbaren psychologischen Zustandes wie der Kenntnis eines Rechtssatzes anknüpfen kann, wie auch Paulus mit Recht in fr. 1 cit. entscheidet. Dies ist jedoch keineswegs, wie Paulus annimmt, eine Anwendung des Satzes von der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums, und ist auch nicht seinen Beschränkungen und Ausnahmen unterworfen. Die Frist muß vielmehr auch für Weiber, Minderjährige, Soldaten, durch rusticitas entschuldigte Personen und auch dann zu laufen beginnen, wenn der Rechtssatz, auf Grund dessen deferirt wurde, ein kontroverser, gewohnheitsrechtlicher, schwer erkennbarer war. Denn der Prätor mußte wissen, wann die Frist abgelaufen war, um den Eintritt der Delation an die nächstfolgende Klasse festzustellen, auch ne actiones creditorum differantur [1]).

Die Frage, was positiv den Gegenstand der zum Fristbeginn erforderlichen Scientia bildete, hat für unseren Zweck nur eine mittelbare Bedeutung. Aus fr. 1 § 1 cit. und fr. 2 pr. cit. sowie aus inneren Gründen wäre zu schließen, daß es die die Delation vollendende Thatsache (Tod, Existenz der Bedingung, Testamentseröffnung, Ungiltigkeitserklärung oder Ruptur des Testamentes) war. Denn der Prätor ist in der Lage, sich ein Urtheil darüber zu bilden, ob die Betheiligten von diesen bestimmten relevanten Thatsachen verständigt sind, und wird, ehe er diese Ueberzeugung gewinnt, keinen präklu-

---

1) §§ 9 (8), 10 (5), J. III, 9.

diren. Kurz nach der natürlichen Interpretation ist das Objekt der Scientia bei den prätorischen Fristen in der Regel jene Thatsache, welche den objektiven Ausgangspunkt derselben bildet. Eine nicht unbestrittene Ausnahme enthält fr. 55 de aed. ed. XXI, 1.

In fr. 1 § 2 cit. bezeichnet aber Paulus die Unkenntniß des Delationsverhältnisses als ignorantia facti. Nach dem logischen Zusammenhang der Stelle wäre hieraus mit Savigny zu schließen, daß die ignorantia irgend einer thatsächlichen Voraussetzung der Delation den Fristenlauf hemmt. Denn es scheint hier dem Juristen darauf anzukommen, zu zeigen, daß die Frist gegen den läuft, der das Recht nicht kennt und gegen den nicht läuft, der irgend eine rechtserzeugende Thatsache nicht kennt. Wenn es auch thatsächliche Voraussetzungen des Anspruchs giebt, deren Nichtkenntniß den Fristenlauf nicht hemmt, so erscheint der Gegensatz zwischen Unkenntniß des Rechts und der Thatsachen völlig abgestumpft. Es würde sich also aus der Darstellung des Paulus die Konsequenz ergeben, daß die Unkenntniß irgend welcher thatsächlichen Voraussetzungen der Delation den Lauf der Agnitionsfrist hemmt. Doch glaube ich, man kann eher annehmen, daß Paulus über dem Vergnügen an der Durchführung der Antithese von error iuris und facti diese Konsequenz aus den Augen verlor, als daß der Prätor, ehe er die Frist als geschlossen ansah, abwartete, ob nicht etwa noch „weggelegte Kinder" (fr. 1 § 2 cit.) als Erbprätendenten auftauchen würden. Der Zweck dieser Fristen war ja doch: ne actiones creditorum differantur, sed haberent, quos convenirent.

Wenn wir annehmen, daß die Unkenntniß irgend einer Voraussetzung des befristeten Rechtes den Lauf des tempus

utile hemmte, so wären die Temporal- wahre Aeternalklagen gewesen [1]).

Seit Constantin dürfte übrigens das gleichfalls prätorische Institut des spatium deliberationis ausreichend befunden worden sein, jene wichtigste Funktion der automatisch wirkenden Agnitionsfristen zu übernehmen (c. 8, 9 Qui admitti VI, 9).

§ 6. Der Rechtsirrthum bei der Restitution.

Daß der Rechtsirrthum bei der Restitution ganz ebenso wie der Thatirrthum dann berücksichtigt werden kann, wenn er neben einem zweiten, selbständigen Restitutionsgrunde eine der Komponenten bildet, ohne welche der die Restitution erheischende Nachtheil nicht eingetreten wäre, wird wohl kaum bezweifelt werden. Der Betrogene, Gezwungene, Abwesende, Minderjährige kann, wenn dieß gleich nicht ausdrücklich bezeugt ist, zweifellos auch gegen einen Nachtheil restituirt werden, welchen er bei vollkommener Rechtskenntniß nicht erlitten hätte, sofern nicht eine positive Bestimmung die Berufung auf Irr-

1) Das klarste Beispiel für die Unmöglichkeit des scheinbar von Paulus vorgetragenen Satzes, daß ein tempus utile nicht durch Unkenntniß des Gesetzes, wohl aber durch Unkenntniß der thatsächlichen Voraussetzungen des befristeten Rechtes in seinem Laufe gehemmt wird, bietet der annus utilis der annalis de peculio actio. Wenn ein peculium in anderer Weise als durch Verluste aufgehört hatte, innerhalb eines Vermögens zu bestehen, so konnten die actiones de peculio noch innerhalb eines annus utilis vom Momente des Aufhörens angestrengt werden. Der objektive Ausgangspunkt der Frist ist also dieser Moment (fr. 1 Quando de pec. XV, 2). Der Gegenstand der erforderlichen scientia (s. oben S. 163, Anm. 1) ist die das Aufhören bewirkende Thatsache, nicht etwa alle klagbegründenden Thatsachen. Denn sonst wäre eine Klage, welche dem sein Recht nicht Kennenden zusteht, durch das Aufhören des Peculiums über ihre normale Dauer bis ins Grenzenlose perpetuirt worden.

thum für den gegebenen Fall überhaupt ausschließt (Savigny l. c. S. 420 fg.).

Eine andere Frage ist es, ob der Rechtsirrthum selbst einen Restitutionsgrund abgeben kann, ob er unter den justus error des Paulus[1]), unter die generalis clausula des Edikts[2]) fällt. Bei dem völligen Schweigen der Quellen[3]) kann nur das allgemeine Resultat unserer Untersuchung maßgebend sein. Nach diesem würde die Restitution in dem Falle zuzulassen sein, wenn der zu reparirende Nachtheil nicht von eben dem Rechtssatz verhängt ist, über welchen geirrt worden ist, wenn also der Irrthum nicht den anzuwendenden Rechtssatz betrifft. Wenn also gegen Versäumung der Agnitionsfrist Restitution begehrt wird, so wäre sie dann zu gewähren, wenn der Rechtsirrthum die Frage, ob deferirt war, betraf[4]) (s. oben S. 162, fr. 1 cit.), nicht aber, wenn der Restitutions-

---

1) fr. 2 De in int. rest. IV, 1; Receptae sententiae, I, 7 § 2.

2) fr. 1 Ex quibus causis IV, 6.

3) Die in den Quellen enthaltenen Fälle von Restitution wegen error s. bei Vangerow I, § 186.

4) Es ist klar, daß es einen sehr guten Sinn hat, einerseits an dem Ablauf der Frist nach einem gewissen Zeitpunkt festzuhalten und die Delation an die nächstfolgende Klasse zu gewähren, andererseits eine ausnahmsweise Rückgängigmachung dieser Delation im Wege der Restitution zuzulassen. Wir bemerken dieß, weil die alte Frage, welchen Sinn die Restitution gegenüber den utiliter zu berechnenden prätorischen Fristen habe, die ohnedieß aus denselben Gründen gehemmt werden, aus welchen die Restitution ertheilt wird (fr. 1 D. De div. temp. praescr. XLIV, 3 vgl. mit fr. 1 ex quib. caus. IV, 6) wiederholt zur Aufstellung irriger Theorien geführt hat. Savigny wollte die Restitution auf die utiliter zu berechnenden Klagsfristen gar nicht anwenden. Dagegen erklärt sich mit Recht Ubbelohde (Berechnung des tempus utile 1891, S. 13) und stellt die neue jetzt wohl zur Herrschaft gelangte Theorie auf, daß bei denjenigen utiliter zu berechnenden Fristen, bei welchen die Quellen nicht wie bei den Agnitionsfristen ausdrücklich das Gegentheil feststellen, nicht jeder Tag ein

werber über den Lauf und die Länge der Frist im Rechtsirrthum war. Es ist aber meine Meinung, daß sie — wenngleich mit Vorsicht — auch im letzten Fall zu gewähren ist. Dies folgt aus der besonderen Natur der Restitution als eines Rechtsmittels, vor welchem die regelmäßige Anwendung des Rechtes zurücktritt. In diesem Sinne entscheidet wohl auch der österreichische oberste Gerichtshof (Sammlung Nr. 3106), daß der Rechtsirrthum zwar nicht den Eintritt der gesetzlichen Folgen einer Handlung, aber auch nicht die Wiedereinsetzung gegen dieselbe hindere — eine naiv klingende, aber doch richtige Begründung. Es dürfte also hier eine der Ausnahmen von dem wahren Satze vorliegen. (Vgl. auch die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts XIII, 118 und überhaupt unten § 11.)

Einen anderen äußeren Grund, als diese Haltung der Praxis vermag meine Ansicht nicht für sich anzuführen.

---

dies utilis gewesen sein müsse, sondern daß die Frist, sobald nur einmal die potestas experiundi eingetreten sei, nicht mehr durch inutilitas temporis gehemmt werde. Tritt die inutilitas z. B. durch Abwesenheit später ein, so werde eben Restitution gewährt. Diese sehr scharfsinnig vertretene Ansicht scheitert jedoch m. E. an zwei Argumenten. Erstens: Wenn der Ubbelohde'sche Begriff des tempus utile der richtige wäre, wie ließe sich dann sprachlich der Ausdruck tempus continuum als Gegensatz erklären? Zweitens ist die von Ubbelohde nur flüchtig erwähnte c. 7, De temp. in int. rest. II, 53 mit seiner Ansicht schlechthin unvereinbar. In Wirklichkeit scheint es sich nur um eine selbstgeschaffene Schwierigkeit zu handeln. Die Restitution trat sicher nicht in jedem Falle einer Hemmung des tempus utile ein. Wenn einer, dem eine prätorische Frist lief, für 2 Tage verreisen mußte, so wurden ihm dieselben einfach nicht eingerechnet. Wenn aber die Abwesenheit 10 Jahre dauerte und gegen Ende der Frist begann, so konnte es sehr oft billig erscheinen, ihm nicht nur die 10 Jahre Abwesenheit nicht einzurechnen, sondern ihm noch ein utiliter zu berechnendes Restitutionsjahr zu gewähren.

§ 7. Der Rechtsirrthum als Grundlage der bona fides und der Usucapion.

A. Funktion der bona fides im Allgemeinen.

Eine größere Gruppe von Quellenstellen [1]) erörtert die Frage, ob man sich zur Begründung seiner bona fides, ferner für die Ersitzung überhaupt, auf Rechtsirrthum berufen dürfe.

Wenn ein Rechtssatz die Zuwendung von Vortheilen oder Abwendung von Nachtheilen an die Voraussetzung des Vorhandenseins des guten Glaubens knüpft, so fordert er stets, daß der Begünstigte etwas glaube, was ihm diesen Vortheil auch dann sichern würde, wenn es wirklich wäre. Er begnügt sich also damit, daß ein Theil der Voraussetzungen jenes Vortheils nicht erfüllt, sondern geglaubt, nur in existimatione, nicht in re sei [2]). Die Interpretation des Begriffs der bona fides hat sich nun in allererster Linie mit der Frage zu beschäftigen, welche Voraussetzungen nachgesehen werden, wenn ihr Vorhandensein nur geglaubt wird, und wir insbesondere haben festzustellen, ob auch die Existenz von Rechtssätzen durch den Glauben an dieselben so ersetzt werden kann. Sicher ist die Frage eine Interpretationsfrage der einzelnen Gesetze, welche die bona fides in Bezug nehmen, und läßt eine kasuistische Behandlung zu. Hierbei wollen wir uns, um ein größeres

---

1) Zu dem Folgenden s. vor Allem Wächter, Bona fides l. c., Bruns, l. c. Windscheid, § 176—178, Dernburg, Pand. I § 220, Brinz, Pand. § 159—161, insbes. § 161 Text zu N. 15, Pernice, Labeo II, 207—230, jetzt auch Bonfante im Bull. dell' Ist. di dir. rom. VI, 85.

2) Zuweilen wird dann neben dem Glauben der Erfüllung der fehlenden Voraussetzung noch ein sonstiges Erforderniß aufgestellt; so muß für den Eigenthumsübergang, wenn die bona fides ein Erforderniß desselben substituiren soll (z. B. das Eigenthum des Vormanns), noch die Ersitzungszeit hinzukommen.

Material zu gewinnen, nicht streng auf das gemeine römische Recht beschränken.

B. Die bona fides in Art. 165 H.G.B.

Das H.G.B. gestattet dem Kommanditisten Zinsen und Gewinn, welche er auf Grund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz in gutem Glauben bezogen hat, zu behalten (d. h. den Gläubigern der Gesellschaft vorzuenthalten) (Art. 165 H.G.B.).

Frage: Was darf und was muß der Verfertiger der Bilanz und was der Kommanditist geglaubt haben? Sicher ist: sie müssen mindestens geglaubt haben, daß die ausbezahlten Beträge dem Kommanditisten nach dem Gesetze gebührten. Daß das nicht genügt, läßt sich aber hier besonders scharf nachweisen. Denn nach Art. 161 H.G.B., welcher das Verhältniß der Gesellschafter unter einander im Auge hat, gebühren dem Kommanditisten Zinsen auch in Verlustjahren, welche er jedoch nach Art. 165 cit. al. 2—5 den Gläubigern nicht vorenthalten darf. Nichts ist gewisser, als daß der Art. 165 sich selbst aufgeben würde, wollte er gestatten, daß sich der Kommanditist auf seinen guten Glauben mit der Begründung berufen dürfte, daß es ja entschuldbar sei, wenn er als Laie sich im besten Glauben bei dem Inhalt des Art. 161 beruhigt hätte. Gesetzt aber auch, er hätte den Art. 165 cit. gekannt und denselben auf Grund guter Autoritäten z. B. eines eigens eingeholten Rechtsgutachtens so ausgelegt, daß ihm ein Bezugsrecht im Sinne des Art. 165 zustünde, der Richter wäre aber einer anderen Meinung, so ist der Kommanditist zur Erstattung des auf Grund des irrigen Gutachtens optima fide empfangenen Betrags zu verurtheilen. Ein Beispiel! Die im Handelsregister eingetragene Einlage sei geringer als die wirkliche Einlage. Der Kommanditist ließ sich aus der Differenz, gestützt auf die Autorität der

2. Auflage des F. Hahn'schen Kommentars § 11 zu Art. 165, in Verlustjahren Zinsen zahlen, welche ihm nach der richtigen Ansicht nicht gebühren. Wenn nun Hahn im Reichsgericht, nachdem er seine Meinung geändert hat (s. 3. Auflage), über den Anspruch der Gläubiger auf Rückleistung dieser Zinsen zu urtheilen hat, so muß er demselben stattgeben, und dem Kommanditisten wird seine bona fides nicht helfen.

Der tiefere Grund hiervon ist, daß der Irrthum, auf welchen sich der Kommanditist berufen würde, ein Irrthum über das anzuwendende Recht wäre, daß wir uns also hier im Geltungsbereiche des „richtigen Satzes" befinden. Das zeigt sich insbesondere daran, daß auch der entschuldbarste Rechtsirrthum, der Irrthum über kontroverses Recht, nicht berücksichtigt werden kann.

Nicht darauf kommt es an, daß der Verfertiger der Bilanz und der Kommanditist die vorliegenden Voraussetzungen des Zinsenbezugs für die des Art. 165, sondern darauf, daß sie die Voraussetzungen des Art. 165 (den sie gar nicht zu kennen brauchen), für vorliegend halten.

Ist aber damit etwa auch nur für unseren Fall erwiesen, daß, wie Bruns meint, die bona fides auf Rechtsirrthum sich nicht stützen läßt?

Mit nichten! — Wir sagten, daß der gutgläubige Kommanditist des Art. 165 jene thatsächlichen Voraussetzungen, welche dieser Artikel für den Zinsen- und Gewinnbezug aufstellt, für vorliegend gehalten haben muß. Er muß also z. B. jede in die Aktiven eingestellte Forderung für zu Recht bestehend erachtet haben. Sein guter Glaube wird nicht aufgehoben, wenn sich diese Annahme auf einen Rechtsirrthum stützte, z. B. auf die nach Ansicht des Richters irrige Annahme der Klagbarkeit eines reinen Differenzgeschäftes. Denn

offenbar wird der Rechtssatz, welcher diese Klagbarkeit ausschließt, in seiner Anwendung nicht geschädigt, dem in ihm enthaltenen Imperativ wird nicht Folge versagt, wenn der Kommanditist das in Folge Verkennung desselben aus der Gesellschaftskasse Bezogene behalten darf. Daran, daß das Rechtsgefühl hier entschieden die Beachtung der falschen Auffassung des kontroversen Rechtssatzes verlangt[1]), ist am sichersten zu erkennen, daß wir uns hier im prätendirten Geltungsbereich des falschen Satzes von der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums befinden. Aber auch dann kann guter Glauben vorhanden sein, wenn der Rechtsirrthum, auf Grund dessen ein Aktivum in die Bilanz eingetragen wurde, einen völlig feststehenden, aber dem Verkehr minder bekannten Rechtssatz betraf, z. B. die Formerfordernisse einer Wechselverpflichtung eines Minderjährigen[2]).

---

1) Ganz anders, wenn der Kläger aus dem Differenzgeschäft sich auf diesen Irrthum stützen wollte. Hier hilft es ihm nicht, daß der verkannte Rechtssatz außerordentlich kontrovers ist, denn hier befinden wir uns wieder im Geltungsgebiete des richtigen Satzes. Wo dies der Fall ist, sträubt sich schon das Rechtsgefühl entschieden dagegen, die Ausnahme bezüglich des kontroversen Rechtes zuzulassen. Dies ist ein Kennzeichen, von welchem wir noch oft Gebrauch machen werden.

2) Voraussetzung der bona fides aber ist immer Entschuldbarkeit des Irrthums. Wächter, der sehr richtig lehrt, daß bona fides auf Rechtsirrthum gestützt werden kann, sucht gleichwohl das Dogma von der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums zu retten, indem er annimmt, daß zur bona fides Entschuldbarkeit des Irrthums überhaupt nicht erforderlich sei. Es würde aber jeder vernünftigen Rechtspolitik widersprechen, wollte man mit Wächter gute Rechte einer Unvorsichtigkeit, selbst einem groben, leicht vermeidlichen Mißgriff eines Nachlässigen opfern. Das Dilemma: Die bona fides kann entweder nicht auf Rechtsirrthum oder auf jeden selbst unentschuldbaren Irrthum gestellt werden, ist eine der unerquicklichsten Konsequenzen der herrschenden Lehre. (S. auch fr. 5 pro suo XLI, 10: . . . probabilis error possidentis usucapioni non obstet.)

C. Die bona fides in Art. 218 H.G.B.

Art. 218 H.G.B sichert den Aktionär gegen Rückforderung der im guten Glauben empfangenen Zinsen- und Dividendenzahlungen. Hahn bemerkt (§ 2) zu diesem Artikel, daß sich der Aktionär auf Unkenntniß der Rechtssätze nicht berufen könne. Da aber nach Hahn der Aktionär überhaupt zu einer Prüfung der Bilanz und deren Grundlagen nicht verpflichtet ist, so kann Hahn unter „den Rechtssätzen" nur jene verstehen, welche die Voraussetzung für den Zinsen- und Dividendenbezug feststellen. Die Interpretation des guten Glaubens ist also nach Hahn ganz analog der von uns für den Art. 165 sub 1 festgestellten. Dies genügt für den Zweck dieser Abhandlung. Außerhalb desselben würde es liegen, unsere Ansicht näher zu begründen, daß in Wahrheit mala fides im Sinne des Art. 218 cit. nur dann vorliegt, wenn der Empfänger entweder wissentlich nicht in äußerlich korrekter Weise festgestellte Dividenden empfängt oder wenn er wissentlich zu einer falschen Feststellung beigetragen hat. Eine ihm von kompetenter Seite angebotene Zahlung auszuschlagen oder auf ihre innere Begründung zu prüfen, ist er m. E. nicht verpflichtet. (S. auch Staub, Kommentar zu Art. 218 cit.)

D. Die bona fides als deutsch-rechtlicher Eigenthumserwerbsgrund im Handels- und Partikularrecht.

Nach den bekannten partikular- und handelsrechtlichen Grundsätzen (H.G.B. Art. 306, 307, W. O. Art. 72) germanischen Ursprungs wird unter gewissen Voraussetzungen (z. B. Kaufmannseigenschaft des Veräußerers) der redliche Erwerber einer Sache Eigenthümer, auch wenn der Veräußerer an sich nicht fähig wäre, Eigenthum zu übertragen.

Sicher ist, daß dieser Schutz des redlichen Erwerbers nicht Platz greift, wenn jene Voraussetzungen fehlen und in Folge Rechts- oder Thatirrthums bloß geglaubt wurden (z. B. die Kaufmannsqualität) oder wenn irrig ein Rechtssatz angenommen wurde, nach welchem die im konkreten Fall vorliegenden Voraussetzungen für diesen Schutz genügen würden, wenn z. B. irrthümlich geglaubt wurde, daß es nicht auf die Kaufmannsqualität, sondern bloß auf den Betrieb irgend eines Gewerbes, welches solche Verkäufe mit sich bringt, ankomme. Wenn mein Erwerb aus dem Grunde ein redlicher war, weil ich (etwa in einem kontroversen Falle) das Privileg der Pfandleihanstalten, an gestohlenem Gute Pfandrechte ausüben zu dürfen, irrig in der Weise interpretirte, daß es auch meinem in Wahrheit nicht privilegirten Verkäufer zu statten käme, so wird mir meine Redlichkeit wenig helfen; denn daß ich ihn nicht oder falsch kenne, darf nicht den Satz, welcher den Erwerber gestohlener Sachen von dem Schutz der Redlichkeit für die Regel ausschließt, außer Anwendung setzen. Gesetzt aber, der Kaufmann, welcher mir die Sache in seinem Handelsbetrieb veräußert, hätte die veräußerte Sache in einem Rechtsirrthum redlich erworben. Ich kenne den Thatbestand seines Erwerbs und theile seinen Rechtsirrthum. Kann ich trotz desselben von ihm erwerben? Hier werden unsere Beispiele erst recht instruktiv, um zu zeigen, wie es bei der Frage nach der Relevanz des Rechtsirrthums in erster Linie auf die Interpretation des verkannten Rechtssatzes ankömmt. Es ist nämlich zu unterscheiden, ob der verkannte Rechtssatz seine Spitze, seinen Imperativ auch noch gegen mich, den zweiten redlichen Erwerber kehrt oder nicht. Gesetzt z. B., ich und mein Auctor glaubten, man könne veruntreute Sachen auch von einem Nichtkaufmann in Unkenntniß der Veruntreuung zu Eigenthum erwerben. Es ist klar, mein gleichfalls redlicher Auctor hat nicht Eigenthum erworben und

ist der Vindikation ausgesetzt (s. oben). Ich aber kann, wenn ich auch bei seinem Kaufe zugegen war, seinen Irrthum getheilt habe, vielleicht mit ihm gleichzeitig um die Sache gehandelt habe, dieselbe von ihm erwerben, wenn nur er Kaufmann ist [1]). Denn dann steht der Rechtssatz, welcher für den Schutz des redlichen Erwerbers Kaufmannsqualität des Auctors fordert, meinem Erwerbe nur mehr dann im Wege, wenn ich ihn kannte [2]) weil er dann meine Redlichkeit ausschließt. Denn dann wußte ich, daß mein Auctor nicht Eigenthümer sei. Wie aber, wenn in einem sonst völlig gleichen Falle der mir und meinem Auctor gemeinsame Rechtsirrthum darin bestand, daß wir annahmen, auch gestohlene Sachen könnten erworben werden, wie dieß ja in einzelnen Fällen (Inhaberpapiere, Pfandleihanstalten) wirklich der Fall ist?

Hier steht der Satz, welcher den Erwerb gestohlenen Gutes verhindern will, offenbar sowohl mir als ihm im Wege und frägt nicht danach, ob wir ihn kennen.

Aendern wir nun die species facti dahin, daß mein Auctor die Sache vom kaufmännischen Pfandgläubiger außergerichtlich gekauft hat, in dem Rechtsirrthum, daß jeder kaufmännische Faustpfandgläubiger gleich dem des Art. 311 H.G.B. zur außergerichtlichen Veräußerung schreiten könne. Ich kenne diesen Vorgang und theile den Rechtsirrthum. Es wird Niemand zweifeln, daß hier die Unkenntniß eines und desselben Rechtssatzes meinem Auctor schadet, mir aber nützt, letzteres, wofern sie nach den Umständen entschuldbar war.

In dieser Kasuistik liegen also klare Belege für die Unrichtigkeit des Satzes von der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums, wie für die Richtigkeit des Satzes, daß die Un-

---

1) Sofern nur mein Irrthum bei meinem Erwerb noch vorhanden ist. Mein Auctor selbst mag inzwischen aufgeklärt sein.

2) Oder unentschuldbarer Weise nicht kannte.

wendung des Rechtes von der Kenntniß desselben nicht abhängig ist.

E. Die bona fides und der Rechtsirrthum bei der Ersitzung.

Eine brennende Frage ist bekanntlich die nach der Bedeutung des Rechtsirrthums für die bona fides bei der Usucapion.

Von dieser Frage pflegt die zweite getrennt zu werden: Welche Bedeutung hat der Rechtsirrthum für die Begründung des Putativtitels? Die herrschende Meinung [1]) hat für beide Fälle ihr Dogma in Bereitschaft, nach welcher der Rechtsirrthum ignorirt wird, wenn er sich nicht ausnahmsweise als entschuldbar darstellt. Bruns dagegen läßt die Berufung auf den Rechtsirrthum nie, Wächter nie zur Begründung eines Putativtitels zu.

Wir wollen die beiden Fragen zunächst nicht trennen und untersuchen allgemein: Giebt es Rechtssätze, auf deren Verkennung sich der Ersitzende zu seinen Gunsten stets oder unter gewissen Umständen berufen darf, und welches sind diese Rechtssätze?

Vom Standpunkt unseres Prinzips ist die Antwort einfach. Der Irrthum über Rechtssätze untersteht auch hier den gemeinen Regeln über den Irrthum. Nur die Unkenntniß jener Rechtssätze, welche direkt die Usucapion für gewisse Fälle auszuschließen bezwecken, wird ignorirt, auch wenn sie völlig entschuldbar ist, insbesondere selbst wenn der Rechtssatz kontrovers ist. In allen anderen Fällen gelten die gemeinen Regeln.

---

1) Windscheid, Dernburg, Brinz an den in N. 1 S. 169 angeführten Orten.

Ignorirt wird demnach die Unkenntniß der Rechtssätze über subjektive und objektive Ersitzungsunfähigkeit [1]), über die Zeit, Hemmung und Unterbrechung der Ersitzung, über den geforderten Inhalt der bona fides [2]), über den zur Ersitzung erforderlichen Titel (Wächter).

Dieser letzte Punkt ist der Hauptsitz der Schwierigkeiten der Frage!

Sicher ist a) daß ein Titel zur Ersitzung erforderlich ist, d. i. ein bestimmt gearteter Thatbestand, dessen nähere Kriterien wissenschaftlich nicht feststehen und sich uns erst aus dem Folgenden ergeben werden. Hier genügt es, das Unzweifelhafte festzustellen, daß dieser Thatbestand ein Theil des Erwerbsthatbestandes ist, b) daß die Unkenntniß des Rechtssatzes, daß ein Titel erforderlich ist, diesen nicht entbehrlich macht, c) daß der Titel durch den Glauben an sein Vorhandensein nach späterer recipirter Rechtsansicht [3]) ersetzt werden kann [4]), d) daß, wenn der vorliegende Thatbestand richtig er-

1) Wie auch der Thatirrthum in diesen Fällen.

2) Wenn z. B. der Käufer glaubt, daß der gutgläubige Erwerb des Verkäufers ihm ebenso wie der eines Erblassers auch dann nützt, wenn ihm im Augenblick seines Erwerbes bekannt ist, daß die Sache eine fremde ist. Wenn jedoch in Folge eines nicht unentschuldbaren Rechtsirrthums geglaubt wird, daß der Auctor Eigenthümer sei, so kehrt der Rechtssatz, welcher dessen Erwerb verhindert hat, keineswegs seinen Imperativ gegen den gutgläubigen Käufer. Der Satz z. B., welcher den Verkäufer erbunfähig macht, verbietet nicht, die von ihm pro herede besessene Sache von ihm zu erwerben. Dies thut ein anderer Satz, welcher den Erwerb nur vom Eigenthümer zuläßt. Wenn dieser letzte Satz unter gewissen Voraussetzungen eine Einschränkung dahin leidet, daß auch auf Grund des bloß geglaubten Eigenthums des Vorgängers erworben (usucapirt) werden können, so steht kein Rechtssatz der Usucapion seitens dessen im Wege, der den die Erbunfähigkeit begründenden Satz nicht kennt.

3) S. Fitting, Arch. f. civ. Praxis, Bd. LII, S. 416, 417, welcher die Zulassung des Putativtitels auf Proculus zurückführt.

4) fr. 11 pro emt. XLI, 4 (Africanus): Quod volgo traditum es

kannt war und durch Rechtsirrthum angenommen wurde, derselbe sei ein giltiger Titel, die Usucapion nicht stattfindet [1]).

Daß nun in dem sub b) angeführten Satze keine Bestätigung des falschen Satzes von der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums, sondern nur eine Anwendung des richtigen Satzes liegt, ist von selbst einleuchtend. Daß es sich mit dem sub d) angeführten Satz ebenso verhält, bedarf eines Beweises.

Es hätte nämlich immerhin einen Sinn, wenn als Erforderniß der Usucapion der rechtsirrthümliche Glaube, daß der vorhandene Thatbestand ein Titel im Sinne des Gesetzes sei, ebenso genügen würde, wie der rechtsirrthümliche Glaube, daß der Auctor Eigenthümer sei. Wer von einem Minderjährigen in Kenntniß der Unzulässigkeit dieses Rechtsgeschäftes kaufen würde, könnte auch bei dieser Regelung nicht usucapiren. Aber jene Sätze, welche die Giltigkeitserfordernisse des Titels aufstellen, hätten für die Usucapion nunmehr keine direkte, hindernde Bedeutung. Man könnte nicht mehr sagen: Wer mit Bewußtsein von einem Minderjährigen, einem Wahnsinnigen kauft, kann das Gekaufte nicht usucapiren [2]). Es käme nicht darauf an, daß der Usucapient einen

---

eum qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse pro emtore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emptor habeat; nam si forte servus vel procurator cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse atque ita tradiderit, magis esse ut usucapio sequatur. Vgl. fr. 67 De iure dotium XXIII, 3; fr. 3—5 pro suo XLI, 10; fr. 44 De Don. i. v. e. u. XXIV, 1.

1) fr. 2 § 15 pro emt. XLI, 4 (Paulus): Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi . . . . quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu quia iuris error nulli prodest.

2) Sondern: Wer weiß, daß solcher Kauf nicht rechtmäßig ist. In kontroversen Fällen könnte der Usucapient immer die ihm günstige Meinung anrufen. Die Ersitzung würde jeden Mangel des Titels heilen, welcher

der Thatbestände, welche wir Titel nennen, für vorliegend, sondern daß er die vorliegenden Thatbestände für einen gesetzlichen Titel hielte. (Vergl. das in dem analogen Falle des Art. 165 H.G.B. sub B. Vorgetragene.) Dem ist aber nach römischem und gemeinem Rechte aus gutem Grunde nicht so. Denn wenn das Gesetz das Vorliegen eines gewissen Thatbestandes (Titel) für die Ersitzung ernstlich fordert, so muß es ihn auch dem gegenüber fordern, welcher nicht weiß daß es ihn fordert; — dagegen kann es ihn demjenigen nachsehen, welcher ihn mit Grund für vorliegend hält (Putativtitel). Gewisse gesetzliche Erwerbsthatbestände müssen also beim Erwerbe vorgelegen haben, nach späterem Rechte für vorliegend gehalten worden sein [1]), und darin liegt die selbständige Bedeutung auch des Erfordernisses des Putativtitels neben der bona fides als eines Bollwerks namentlich des bisherigen Besitzers [2]) (regelmäßig des Auctors) gegen den ungerechtfertigten Erwerb des Usucapienten. Nicht ein Titel in abstracto, sondern gewisse konkrete Thatbestände müssen für gegeben erachtet werden, soll die Ersitzung stattfinden. Man beachte folgenden Gegensatz: Wer der irrigen Rechtsanschauung ist, daß sein Auctor Eigenthümer war, ist dadurch in bona fide, so auch wer der irrigen Rechtsanschauung ist, daß der Thatbestand seines Erwerbes ein Titel im Rechtssinne sei.

---

nicht auf einem bekannten und unbestrittenen Rechtssatz beruht. (S. unten S. 182 N. 3.)

1) Daß der Putativtitel nach späterer Rechtsansicht (s. oben S. 177 N. 4) überhaupt ausreichend befunden wurde, hängt m. E. mit der Verlängerung der Frist durch die die alte Usucapio verdrängende praescriptio zusammen. Die Fitting'sche Annahme, daß der Putativtitel pro derelicto nicht genügt (Arch. f. civ. Prax. LII, 24) muß wohl bei dem Mangel einer genügenden ratio für diese Ausnahme angesichts der Mangelhaftigkeit und Zerfahrenheit unserer Quellen immer hypothetisch bleiben.

2) Des letzten Besitzers vor Beginn des Ersitzungsbesitzes.

Ersterer kann usucapiren, letzterer nicht, dem letzteren fehlt selbst der bloße putative Titel. Auf falsche Rechtsansicht kann wohl die bona fides, nicht aber die Annahme eines Putativtitels gegründet werden. Dies folgt nicht etwa aus den Begriffen, noch aus der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums, sondern aus dem positiven Rechtssatz, welcher das Erforderniß des Titels aufstellt und der sich eben nicht mit der Meinung, daß der richtig erkannte Erwerbsthatbestand ein Titel sei, begnügt, sondern nur mit der Meinung, daß ein Thatbestand, welcher ein Titel im Rechtssinne ist, vorliege, und so gewissen Rechtssätzen, welche den unmittelbaren Erwerb hindern, welche also die Erfordernisse des Erwerbsthatbestandes festsetzen, auch gegen den Usucapienten Geltung beilegt. Nur genügt es, wenn dieser an das Vorliegen dieser Erfordernisse bloß glaubt, während für den sofortigen Erwerb deren wirkliches Vorhandensein Erforderniß ist. Dagegen kann die Anwendung dieser jeden Erwerb ausschließenden Rechtssätze gegen den Usucapienten durch die Unkenntniß derselben nicht behindert werden. Wer nicht weiß, daß man von einem Minderjährigen nicht kaufen darf, hat auf Grund solchen Kaufes aus demselben Grunde keinen Putativtitel, aus welchem derjenige, der glaubt, vom Nichteigenthümer erwerben zu können, nicht in bona fide ist (s. oben S. 177 N. 2). Denn beide verkennen das anzuwendende Recht. Ganz klar kann sich dies erst auf Grund der Erkenntniß des Wesens des Titels ergeben.

Es handelt sich hier nämlich um jene Erfordernisse des Erwerbsthatbestandes, welche nicht schon kraft des Erfordernisses der bona fides für vorliegend gehalten werden müssen. Die Grenzlinie und damit die Definition des Titels ergiebt sich aber aus folgender Betrachtung:

Die Rechtssätze und Erfordernisse des Erwerbes sind von zweierlei Art. Sie hindern nämlich den sofortigen Erwerb und dann auch die Usucapion entweder zu Gunsten des Eigenthümers oder zu Gunsten des bisherigen Besitzers. Die Erfordernisse der ersten Art werden durch die bona fides, durch den guten Glauben an ihr Vorliegen supplirt. Zu diesen gehört vor allen der Satz, daß in der Regel nur vom Eigenthümer erworben werden kann.

Der Satz, daß vom Nichteigenthümer nicht erworben werden kann, schützt den Eigenthümer gegen den Verlust des Eigenthums. Im Uebrigen ist zur bona fides noch weiter der Glaube, daß der Erwerb materiell gerechtfertigt sei, erforderlich, und es kann derselbe — muß jedoch nicht — durch das Bewußtsein, daß der Titel fehlt, gestört werden (s. unten S. 186 N. 1).

Die Erfordernisse der zweiten Art, bei deren Fehlen die Sache dem bisherigen Besitzer erhalten bleibt, sei er nun Eigenthümer oder nicht, werden unter der Bezeichnung „Titel" zusammengefaßt. Damit glaube ich zu der allein haltbaren Definition des Titels [1]) gelangt zu sein, als jenes Theiles des Erwerbsthatbestandes, welcher dem Erwerber ein von dem bisherigen Besitzer (S. N. 2 auf S. 179) oder seinem Rechtsnachfolger nicht mehr anfechtbares, wenngleich nur relatives (obligatorisches oder dingliches) Recht auf das Behalten

1) Es fehlt bisher an jeder auch nur halbwegs brauchbaren Definition. Vgl. über die Meinungsverschiedenheit Dernburg, Pand. I § 220, Z. 3, zur Dogmengeschichte F. Hofmann, Zur Lehre von titulus und modus acquirendi, Wien 1873, sub I. Erwerbstitel (Traditionstitel) und Ersitzungstitel werden nämlich von den älteren Autoren noch nicht unterschieden. Von neueren tritt wieder Bernhöft (s. unten S. 184 N. 4) dieser Unterscheidung entgegen.

der erworbenen Sache giebt[1]). Der Titel[2]) richtet seine Spitze stets gegen den bisherigen Besitzer. Daher giebt es keinen Titel pro occupata re nullius, wohl aber pro derelicto.

Der Satz, der nicht will, daß von Minderjährigen gekauft werde, will auch nicht, daß von ihm usucapirt werde, denn „alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim ut non videatur alienare qui patitur usucapionem (fr. 28 De V. S. L, 16 [Paulus]). (S. u. sub F.)

Wer also nicht einen solchen Thatbestand für vorliegend hält, kann auch dann nicht usucapiren, wenn er aus noch so guten rechtsirrthümlichen Gründen den vorliegenden Thatbestand für den vom Gesetz geforderten hält; denn die Anwendung des Gesetzes, welches jene Erfordernisse für die Usucapion aufstellt, kann vor seiner noch so entschuldbaren Unwissenheit nicht Halt machen, und in Fällen, wo das Gesetz nicht will, daß der bisherige Besitzer die Sache an den Usucapienten verliere, kann er sie gewiß nicht deshalb verlieren, weil der Usucapient nicht wußte, daß das Gesetz es nicht will; denn ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest[3]). (fr. 24 De usurp. XLI, 3 [Pomponius].)

---

1) So ist titulus pro emtore Traditio auf Grund eines giltigen Kaufes, pro donato auf Grund einer Schenkung, der Titel pro derelicto die crux der bisherigen Definitionen, Dereliktion und Apprehension, der titulus pro suo war der Sammelbegriff und Lückenbüßer für die nicht in besonderer Theorie ausgebildeten, wohl auch für den Putativtitel (Fitting l. c., LI, 7). Der titulus pro herede liegt in dem Antritt der deferirten Erbschaft. Er schützt den Erben vor jedem Angriff aus dem Rechte des Erblassers. Interesse bietet fr. 13 § 2 De usurp. XLI, 3.

2) Scilicet der titulus verus. Der titulus putativus kann eben dadurch irrig sein, daß über die Person des vorigen Besitzers geirrt wird, so wenn der Erbe vermeintliche Erbschaftssachen in Besitz nimmt. Ueber diese Fälle der „Aberration des Titels" s. unten S. 187, Anm. 1.

3) Unrichtig sind also die Entscheidungen, welche Savigny (l. c.

Damit glaube ich die Ansicht, welche Wächter mit genialem Rechtsinstinkt aufgestellt hat, die aber bei ihm unvermittelt und schwachbegründet dasteht, klar begründet zu haben, daß der Rechtsirrthum zur Begründung eines Putativtitels

---

S. 376, 377) zu folgender interessanten, von ihm ersonnenen Kasuistik giebt. Die erste möge hier Platz finden. „Die Sabinianer rechneten die Pubertät von der Zeugungsfähigkeit, die Proculejaner (so wie Justinian) von 14 Jahren. Wenn nun ein Proculejaner von einem 14jährigen, der noch nicht zeugungsfähig war, eine Sache kaufte, so glaubte er sofort Eigenthümer zu werden. Entstand aber nach Jahren Streit über dieses Eigenthum, so war der Prätor, der den Prozeß durch seine Instruktion leitete (oder dessen juristischer Rathgeber), entweder ein Proculejaner oder ein Sabinianer. Im ersten Falle erkannte er jenem Käufer das Eigenthum schon von der Tradition oder Mancipation an zu. Im zweiten Falle konnte er dieses freilich nicht, aber nun entstand die Frage, ob dem Käufer nicht wenigstens die Usucapion zu Gute komme? Allerdings mußte jener Prätor dem Käufer einen Rechtsirrthum zuschreiben. Allein für einen leichtsinnigen durch bloße Erkundigung zu vermeidenden Irrthum konnte er ihn gewiß nicht erklären, da ja die diversae scholae autores doch auch für angesehene Juristen galten. Ich glaube also, daß selbst der Sabinianische Prätor in diesem Falle die Usucapion zulassen mußte, nach dem (von dem Schulenstreit ganz unabhängigen) Ausspruch des Labeo: „Ut cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia." Das schüchterne „Ich glaube" verräth deutlich, daß Savigny sich hier mit seinem Rechtsgefühl im Widerspruch fand. In der That mußte es ein sonderbarer, seiner Sache wenig sicherer Sabinianer gewesen sein, welcher gestattet hätte, daß die von einem nicht Zeugungsfähigen gekaufte Sache diesem durch Ersitzung entzogen wird und die vom wenngleich kontroversen Rechte aufgestellten Erforderniße der Ersitzung in die Meinung und Rechtsansicht des Usucapienten gestellt hätte. Ein solcher Sabinianischer und zugleich Savignyanischer Prätor hätte auch bald die für seine Schule betrübende Erfahrung gemacht, daß der ganze Stand der von 14jährigen Usucapirenden mit fliegenden Fahnen in das Proculejanische Lager übergegangen wäre. Die Darstellung Savigny's (s. auch das folgende cod.) ist typisch für die Fehler, in welche derjenige verfällt, welcher innerhalb des Geltungsgebiets des richtigen Satzes mit dem ihm ähnlichen falschen Satz mit seinen Ausnahmen auskommen will und versucht, die Anwendung des Gesetzes auf den Unwissenden aus der vermeintlichen Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums zu erklären.

auch dann nichts nützt, wenn er völlig entschuldbar ist. Wächter[1]) hat hierfür nur das äußere Argument, daß fr. 31 pr. de usucap. XLI, 3: nunquam in usucapionibus iuris error possessori prodest (Paulus), fr. 2 § 15 pro empt. XLI, 4: non capies usu, quia iuris error nulli prodest (Paulus), fr. 4 h. t.: iuris ignorantia in usucapione negatur prodesse, facti vero ignorantiam prodesse constat (Pomponius), fr. 32 § 1 cit. (oben S. 161) so sehr apodiktisch sprechen.

Dieses Argument darf aber weder von Wächter noch von mir urgirt werden, da wir trotz des nunquam behaupten, daß das andere Ersitzungserforderniß — die bona fides — sich auf Rechtsirrthum stützen darf. Es bedarf also innerer Gründe, um für den Putativtitel das Gegentheil festzustellen. Im Uebrigen eigne ich mir den Gedankengang Wächter's an, daß seine Stellen dadurch, daß ihr Axiom in Bezug auf den Putativtitel richtig ist, völlig erklärbar[2]) sind, zumal die einzelnen Beispiele, durch welche dasselbe in den Quellen belegt wird[3]), sämmtlich den Putativtitel betreffen.

F. Exkurs über den Ersitzungstitel[4]).

Nunmehr sei es uns gestattet, mit einer Bemerkung über

1) Bona fides, S. 111.

2) Bruns l. c. S. 108 leugnet dies l. c., weil die Regel der cit. Fragmente älter sei als die Zulassung des Putativtitels. Diese (von Wächter S. 100 flg. bestrittene) Prämisse kann man zugeben, ohne daraus den gleichen Schluß zu ziehen. Denn wenn die Juristen noch vor Zulassung des Putativtitels rücksichtlich des Titels lehrten: error iuris in usucapionibus nocet, so sagten sie damit keineswegs, daß error facti nütze.

3) Abgesehen von dem werthlosen fr. 32 § 1 cit. (s. oben S. 161).

4) S. die S. 169, 177 N. 8, 181 angeführte Litteratur; dann insbesondere Bernhöft, Besitztitel, 1875.

die Rolle des Titels bei der Ersitzung den Rahmen dieser Abhandlung zu überschreiten. Denn die Rechtsfrage, welcher diese Abschweifung gilt, scheint uns zu wichtig und mit dem Vorgetragenen in allzuengem Zusammenhang, als daß wir achtlos an derselben vorbeigehen sollten.

Wir lassen eine Herleitung unserer These aus inneren Gründen der quellenmäßigen Begründung vorangehen, wenngleich der Weg unserer Forschung in der Hauptsache ein entgegengesetzter war.

Wir haben das Erforderniß des Titels als ein Bollwerk des bisherigen Besitzers gegen die Usucapion bezeichnet; wir haben den Titel als jenen Theil des Erwerbsthatbestandes definirt, welcher dem Usucapienten ein Recht auf Behalten der besessenen Sache gegenüber der Klage aus dem Recht des bisherigen Besitzers giebt.

Wir haben weiter gefolgert, daß die Rechtssätze, welche die Erfordernisse des Titels bestimmen, zugleich nach der negativen Seite (d. h. wenn diese Erfordernisse fehlen) den Erwerb und daher auch die Usucapion verbieten, letztere nach späterem Recht nur in dem Falle, wenn das Vorhandensein jener Erfordernisse nicht irrthümlich angenommen wurde. Aus dem Zusammenhalt dieser beiden Sätze scheint sich zu ergeben, daß diese Sätze den Erwerb insbesondere die Usucapion dann nicht hindern wollen, wenn dieselbe nicht zum Schaden des bisherigen Besitzers, sondern auf Kosten des dritten Eigenthümers der Sache geschieht. Wenn wir uns den Rechtszustand vor Zulassung des Putativtitels vergegenwärtigen, so wäre es sicher eine vom Rechtsgefühl abgelehnte Replik des Vindikanten gegenüber dem Usucapienten, daß dessen Auctor zur Zeit der Veräußerung minderjährig und der Usucapient im Irrthum hierüber gewesen sei. Die herrschende Lehre läßt diese Replik und damit die Berufung auf die einem Dritten zugedachte

Rechtswohlthat zu. Man könnte mit derselben inneren Berechtigung lehren, daß die Usucapion durch die Minderjährigkeit des Auctors, nicht des Eigenthümers gehemmt werde.

Aber auch nach Zulassung des Putativtitels ist die Berufung auf die Minderjährigkeit eines Dritten (des Auctors), sofern nicht aus derselben mala fides des Usucapienten folgt [1]), nicht zu rechtfertigen.

Sonst könnte sich leicht die Rechtswohlthat in ihr Gegentheil verwandeln. Denken wir z. B., der Minderjährige hätte die Sache nach zweijährigem Besitz veräußert, der Käufer, der die Minderjährigkeit seines Verkäufers kannte, im Uebrigen aber durchaus nichts Schlimmes im Sinne führte, besitzt die Sache noch ein Jahr. Wenn nun die Sache eine fremde war, so ist nach herrschender Meinung Vindikation seitens des dritten Eigenthümers und daher auch für die Regel Kondiktion des Preises gegen den Minderjährigen gestattet, welcher dann die Gesetze, die zu seinem Schutz gegeben sind, verwünschen mag. Dem treten wir entgegen. Gehört dagegen die Sache dem Minderjährigen, so ist es ganz in Ordnung, daß dieser die Sache auch noch nach zehn Jahren vindiciren kann.

Es ist klar, daß die gleichen Erwägungen gelten, wenn ein anderer Mangel des Erwerbsthatbestandes vorliegt, welcher das relative Recht zum Behalten der Sache auf die Seite

---

1) Dies wird bei entgeltlichen Veräußerungen regelmäßig nicht der Fall sein, wenn wir mit Windscheid in der bona fides den Glauben an die materielle Rechtmäßigkeit des Erwerbs (§ 176, Anm. 6), genauer die Meinung, kein rechtlich geschütztes Interesse durch den Erwerb zu verletzen, verstehen. Der redlichste, wenn auch nicht der vorsichtigste Mann wird keinen Anstand nehmen, mit einem Zwanzigjährigen einen ehrlichen, von Uebervortheilung freien Kauf abzuschließen. Wird derselbe trotzdem nachträglich angefochten, so liegt die Unredlichkeit meistens auf Seiten des Anfechtenden, der sich einer Waffe bedient, welche das Gesetz ihm zum Schutze gegen Uebervortheilung zur Verfügung stellt.

des Vorgängers des Usucapienten gebracht hätte[1]) (Mangel der Vollmacht, Wahnsinn, donatio inter virum et uxorem).

Wie verhalten sich nun die Quellen zu dieser Anschauung, nach welcher die bona fides das absolute, der Titel nur das

1) Es kann aber, wenn bloß ein Putativtitel vorliegt, auch vorkommen, daß sich der vermeintliche Titel auf eine Sache, welche der vermeintliche Auctor nie besessen hat, bezieht, z. B. ich habe vom A. gekauft, eigne mir aber aus Irrthum eine ähnliche Sache des B. an, der wirkliche oder vermeintliche Erbe nimmt vermeintliche Erbschaftssachen in Besitz. In diesen Fällen der „Aberration des Putativtitels" (s. oben S. 182 N. 2) ist nach unserer Auffassung eine von zwei entgegengesetzten Entscheidungen konsequent. Nach der einen wird der Putativtitel, welcher ja in diesem Falle den bisherigen Besitzer gar nicht schützt, zur Ersitzung nicht ausreichend befunden, und dieß folgt in der That aus fr. 2 § 6 pro emt. XLI, 4: Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est, Priscus ait, usu me eum non capturum: quia id quod emptum non sit, pro emptore usucapi non potest (Paulus), und fr. 1 pro herede XLI, 5, pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor rem mortui esse existimaverit.

Die zweite zulässige aber minder empfehlenswerthe Entscheidung erläßt einfach das Erforderniß des Titels in solchem Falle. Für diese Meinung fehlt es an einem klaren Quellenzeugniß. Der Fall, daß bona fides ohne Putativtitel gegeben ist, ist eben zu wenig praktisch. Bekanntlich ist in den Quellen im Gegensatz zu fr. 1 cit. auch die Entscheidung vertreten, daß der wahre Erbe vermeintliche Erbschaftssachen (fr. 3 pro herede) wie auch der vermeintliche Erbe wahre Erbschaftssachen ersitzen kann (fr. 33 § 1 de usurp. XLI, 3). Selbstverständlich ersitzt im Sinne dieser Entscheidungen auch der vermeintliche Erbe mit der ganzen Erbschaft die vermeintlichen Erbschaftssachen. Gesetzt nun, daß in diesem letzten Falle der Putativtitel auf Rechtsirrthum beruht, so ist er rücksichtlich seines eigentlichen Gegenstandes, d. i. der wahren Erbschaftssachen, zur Ersitzung nicht ausreichend. Der wahre Erbe kann sie vindiciren. Die vermeintlichen Erbschaftssachen, auf welche der Putativtitel „aberrirte", kann der Erbe offenbar nicht vindiciren. Ob dieselben bei dem Putativerben oder bei dem wahren Eigenthümer bleiben ist aus den Quellen nicht direkt zu ersehen; es läge Ersteres aber m. E. in der Konsequenz des fr. 3 cit. Gleichwohl ist m. E. fr. 3 cit. restriktiv zu interpretiren (non producendum ad consequentias) und die vermeintliche Erbschaftssache gemäß fr. 1 cit. dem wahren Eigenthümer zu erhalten.

relative Erforderniß der Ersitzung, nur das Erforderniß der Ersitzung vom Vorgänger im Besitz bildet?

Wir finden zunächst drei sehr bekannte Stellen, welche zusammen einen starken Beleg für diese Ansicht bilden. Es sind [1]): fr. 1 § 2 pro donato XLI, 6; Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio (Papinian).

fr. 3 eod.: Si vir uxori vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum est quod Trebatius putabat, si pauperior is qui donasset non fieret, usucapionem possidenti procedere (Pomponius).

fr. 25 de donatione i. v. et u. XXIV, 1: Sed et si constante matrimonio res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est, confestim ad usucapionem eius uxorem admitti quia etsi non mortis causa donaverat, ei non impediretur usucapio; nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit: itaque licet mortis causa donatio interveniat, quasi inter extraneas personas fieri intelligenda est in ea re, quae quia aliena est usucapi potest (Terentius Clemens).

fr. 1 § 2 cit. hat für uns nur die Bedeutung, daß wir daraus sehen, daß von dem Erforderniß des Titels ganz allgemein auch in Fällen die Rede ist, wo derselbe nach anderen Entscheidungen nur zur Ersitzung vom Vorgänger im Besitze gefordert wird. Dieß beweist auch fr. 24 De donatione i. v. e. u.

Die beiden anderen Stellen bestätigen für einen bestimmten Fall unsere These ganz ausdrücklich; sofern sich die Ersitzung nicht gegen den Vorgänger im Besitze richtet, findet dieselbe auch ohne Titel statt.

1) Zu diesen Stellen Savigny, Syst. IV, 118 flg. und besonders Glück, Kommentar XXVI, 39—46, R. Stintzing bona fides und titulus (1852) l. c. S. 81.

Als Grund wird angeführt, daß ja eigentlich keine wahre Schenkung vorliegt, da der Schenkende nicht ärmer wird. Aber wenn keine Schenkung, so liegt ja doch auch kein Titel vor, und es scheinen diese Stellen nur um so klarer zu beweisen, daß ein solcher nicht gefordert wurde [1]). Dagegen würde, wenn die Sache Eigenthum des schenkenden Ehegatten gewesen wäre, die Usucapion in den Fällen dieser leges in keinem Falle stattgefunden haben; denn der Satz, welcher die Schenkung zwischen Ehegatten, und die lex Julia [2]), welche die mortis causa donatio (fr. 25 cit.) zwischen kinderlosen Ehegatten verbietet, sofern sie ein Maximum übersteigt, hindern nicht nur den unmittelbaren Erwerb, sondern auch die Usucapion [3]).

Zu einer eigenthümlich einschränkenden Interpretation hat in der herrschenden Lehre der Bedingungssatz si pauperior aus fr. 3 cit. geführt. Savigny will nämlich die Ersitzung dann nicht zulassen, wenn der Schenkende wenigstens Usucapionsbesitz hatte, da er ja in diesem Falle durch die Schenkung doch ein Recht preisgegeben habe. Nun denke man sich nur den Sieg des dritten Vindikanten gegen den usucapirenden Ehegatten davon abhängig, daß der Vindikant beweisen kann, daß der schenkende Ehegatte in bona fide, also in Usucapionsbesitz war, während der Usucapient aus Leibeskräften nachzuweisen bemüht ist, daß sein Gatte und Auctor mit dem Erwerb der Sache ein Gaunerstückchen verübte! Das wäre offen-

1) Vergl. Windscheid, § 176 Anm. 7, welcher den von den Quellen angeführten Grund einen Scheingrund nennt. Er ist dies aber nur vom Standpunkt jener Lehre, welche im Allgemeinen an dem Erforderniß des Titels festhält und welcher der sonst so konservative Windscheid selbst unter allen bisherigen am skeptischesten gegenüberstand.

2) S. Glück eod.

3) Und zwar auch dann, wenn der Usucapient diesen Rechtssatz entschuldbarerweise nicht kennt.

bar absurd. In Wahrheit läßt es sich wenigstens für das klassische Recht kaum anders denken, als daß der Usucapient sich gerade auf die bona fides des Schenkenden zum Zwecke der accessio possessionis berufen durfte, und wenn er dann gesiegt hatte, doch der Rückforderung des Schenkenden ausgesetzt blieb. Hierfür deutlich:

fr. 13 pr. De mort. causa don. XXXIX, 6: Si alienam rem mortis causa donavero, eaque usucapta fuerit, verus dominus eam condicere (= vindicare!) non potest, sed ego si convaluero (Julian).

fr. 33 eod.: Qui alienam rem mortis causa traditam usucepit, non ab eo videtur cepisse, cuius res fuisset sed ab eo qui occasionem usucapiendi praestitisset (Paulus).

Auch in diesen beiden Fällen liegt wie in denen des fr. 3 u. 25 cit. titellose Ersitzung vor. Denn die Schenkung, aus welcher das Recht des Donatars gegenüber dem Donanten zum Behalten der Sache d. i. der Titel (s. oben S. 181, 182) hervorgehen soll, erweist sich als eine trügerische. Gleichwohl findet Usucapion zum Nachtheil des Eigenthümers statt, während der Rückforderungsanspruch des Schenkers, qui occassionem usucapiendi praestitit, ungeschmälert bleibt. Schwer zu entscheiden, für unsern Zweck aber glücklicherweise irrelevant ist die Frage, ob das Recht des Schenkers mit dinglicher oder persönlicher Klage geltend zu machen ist. fr. 13 cit. und fr. 29 eod. XXXIX, 6 sprechen für die erstere Alternative. Ebenfalls nicht unzweifelhaft ist unsere Behauptung, daß accessio possessionis stattfand. Die Justinianische c. un. De usuc. transform. VII, 31 spricht entschieden dagegen, da sie für jede accessio einen iustus titulus fordert. Dem wahren Geiste des römischen Rechts, dessen Ermittlung für uns die wichtigste Aufgabe ist, widerspricht diese nivellirende Entschei-

dung, wie fr. 14 pr. § 1 De divers. temp. praescr. XLIV, 3 beweist:

De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate § 1. Plane tribuuntur his, qui in locum aliorum succedunt, sive ex contractu, sive voluntate (Scaevola).

Aus diesem Grunde läßt auch die gewiß richtige Entscheidung des Paulus in fr. 2 § 16 pro empt. XLI, 4 keinen Analogieschluß gegen unsere Ansicht zu. Sie lautet:

Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero: constitit usu capere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio, et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis.

Hier liegt eben offenbar im Gegensatz zu unsern Fällen nicht einmal der natürliche Thatbestand einer Succession vor, welche die regelmäßige Voraussetzung der accessio bildet.

Ob aber nun accessio possessionis stattfindet oder nicht, die fr. 3 und 25 cit. sind jedenfalls nur aus dem Prinzip zu erklären, daß Sätze, welche den unmittelbaren Erwerb wegen eines Fehlers in dem Uebergang des Besitzes von dem letzten Besitzer auf den Usucapienten verbieten und die Bestimmung haben, die Sache dem letzten Besitzer zu erhalten, die Usucapion auch nur zu Gunsten dieses letzten Besitzers hindern. Ich kann nicht denken, daß die Autoren der citirten Entscheidungen anders entschieden hätten, wenn der erwerbshindernde Thatbestand etwa in der Minderjährigkeit statt in der Ehegattenqualität des Schenkenden liegen würde.

Dies wird meiner Ansicht nach voll bestätigt durch fr. 2 § 8 pro emt. XLI, 4:

Tutor ex pupilli auctione rem, quam eius putabat esse, emit. Servius ait posse usucapere eum: in

cuius opinionem decursum est eo, quod deterior causa pupilli non fit, si propius habeat emtorem; et si minoris emerit, tutelae judicio tenebitur ac si alii minoris addixisset, idque et a Divo Trajano constitutum dicitur (Paulus).

Die herrschende Auffassung dieser Stelle [1]) geht allerdings dahin, daß die Sache auch wirklich dem Pupillen gehört haben mag, wie es der Tutor glaubte. Es muß wohl kaum gesagt werden, daß damit dem Nebensatz quam eius putabat esse nicht Rechnung getragen und dem durch Präcision des Ausdrucks hervorragenden Paulus eine beispiellose Ungeschicklichkeit zugemuthet wird. Ferner erscheint die Begründung geradezu thöricht, denn sie würde nicht nur die Zulässigkeit der Usucapion, sondern die des sofortigen Erwerbs, und das ist viel zu viel, beweisen, und — was die Hauptsache ist — sie wäre vollkommen unwahr. Denn wenn dem Pupill das Recht genommen wird, den Kauf als nicht geschehen zu betrachten, (relative Nullität) und die Sache zu vindiciren, so ist dieß doch ein reiner durch keinen Vortheil aufgewogener Verlust, denn auf dem Kauf zu bestehen, ist ihm ja ohnedieß gestattet.

Eine bodenlose und absolut unglaubliche Albernheit läge ferner darin, wenn nach Meinung des Juristen durch die Usucapionsmöglichkeit die Kauflust des Tutors angeregt werden sollte, da dieser Erfolg weder erreicht noch gewünscht werden kann.

Fassen wir dagegen die Sache von vornherein als eine dem Pupillen nicht gehörige auf [2]), so werden wir zunächst dem

---

1) S. bes. Fitting l. c. LI, 249 flg.

2) So schon Bartolus zu diesem §. Von Neuern Bernhöft l. c. S. 46. Die Fitting'sche Erklärung dieser Stelle läßt sich nur daraus begreifen, daß in dem anschließenden § 9 derselben lex in analogen Fällen das Erforderniß, daß die Sache einem Dritten gehöre, nicht wiederholt ist. fr. 2 § 9 fährt fort: Procuratorem quoque qui ex auctione, quam

Wortsinn der Stelle, dem „quam eius putabat esse" gerecht. Auch die Begründung ist lange nicht so unpassend wie für die herrschende Interpretation. Denn immerhin mag sich der Pupill freuen, die Sache gut an Mann gebracht zu haben, statt sich sie von einem Dritten wegnehmen zu lassen. Nur fällt es auf, daß der eigentliche und sehr starke Grund verschwiegen ist. Nun ist aber der Text der Stelle nicht unverdächtig [1]). Das propius ganz besonders, m. E. in geringerem Grade der Subjektwechsel („habeat"—„emerit" [2]), läßt eine Emendation gerathen erscheinen. Alle Schwierigkeiten schwinden, und ein ganz zutreffender, unsere These bestätigender Sinn ergiebt sich durch die Lesart:

„Si potius habeat emtor rem" statt
„si propius habeat emtorem."

Dann wäre das non deterior fit sogar als Litotes zu nehmen und etwa zu übersetzen: „Denn die Lage des Mündels kann nur dadurch verbessert werden, daß eher der Käufer (scil. als irgend ein Dritter) die Sache hat, und wenn er zu billig gekauft hat ihm . . . . haftet" (was nicht der Fall wäre, wenn ihm die Sache abgestritten wird) [3]).

---

mandatu domini facit, emerit, plerique putant utilitatis causa pro emptore usucapturum, idem potest dici, etsi negotia domini gerens ignorantis emerit propter eandem utilitatem. Doch ist hier das „quam putabat" domini esse zu ergänzen, wie dieß auch die Basiliken (s. unten N. 3) thun. Daß derjenige, welcher wissentlich die Sache seines Mandanten kauft, nicht usucapiren kann, bestätigt auch fr. 18 (19) § 3 De neg. gest. III, 5: Cum me absente negotia mea gereres, imprudens rem meam emisti et ignorans usu cepisti . . . ., welche Stelle gleichfalls von Paulus herrührt.

1) S. die Noten bei Mommsen.

2) Mommsen will nach emerit tutor inseriren.

3) Möglich ist übrigens, daß der Bedingungssatz in der überlieferten Gestalt schon von Tribonian herrührt.

Es scheint nämlich, daß der Gedanke, die Kauflust des Tutors an-

Daß übrigens wirklich für die Frage der Zulässigkeit des Erwerbes vom Mündel entscheidend war, ob die Sache im Eigenthum des Mündels stand, mag auch dadurch belegt werden, daß nach fr. 5 § 2 De reb. eor. XXVII, 9 eine Ansicht bestand, nach welcher selbst das Veräußerungsverbot des fundus pupillaris cessirte, wenn sich derselbe bloß im Publicianischen statt im wirklichen Eigenthum des Mündels befand. Mit Recht verwirft Ulpian diese Ansicht. Aus seinem Zweifel, der klar durch die Rücksicht auf das Mündel begründet ist, und aus der bloßen Existenz der falschen Ansicht ist aber so viel zu folgern, daß er wenigstens dem dritten Vindikanten gegenüber die Usucapion des Erwerbers geschützt hätte [1]). Und ähnlich dürften alle Veräußerungsverbote eine titellose Usucapion gegenüber dem dritten Eigenthümer zugelassen haben.

Was wir also zu Eingang dieses Exkurses behauptet haben, erweist sich m. E. wirklich als — nach der vorsichtigen Fassung einzelner leges zu schließen [2]) — nicht unbestrittenes römisches Recht.

Allerdings lehrten die römischen Juristen die Regel, welche wir aus ihren Entscheidungen ableiten, selbst nicht. Um diese

---

zuregen, in der späteren Kaiserzeit (vor Diocletian) wirklich zur Zulassung des Kaufes selbst geführt hat, wenn c. 5 De contr. empt. IV, 38 nicht von einem Erwerb des Tutors unter Mitwirkung des Kontutors zu deuten ist. Eine dritte völlig plausible Möglichkeit ist ferner, daß sich der sinnlose Bedingungssatz ganz und gar als Produkt nachjustinianischer Abschreiberweisheit herausstellt. Hierfür spricht, daß er in den Basiliken fehlt, deren Parallelstelle (L, 4 § 8, 9) lautet: „Ἐπίτροπος ἢ φροντιτὴς ἢ ἀλλότρια πράγματα διοικῶν, ἀγοράζων τι κατὰ ὑπερθεματισμὸν ἐκ τῆς παρ' αὐτοῦ διοικουμένης οὐσίας, ὃ ἐνόμιζε τοῦ προτοτύπου εἶναι, διὰ τῆς χρονίας νόμον δεσπόζει."

1) fr. 5 § 2 cit.: Si pupillus alienum fundum bona fide emtum possideat, dicendum puto ne hunc alienare tutores posse (Ulpian).

2) S. insbesondere l. 2 § 9 cit. oben S. 193.

zu formuliren, bedurfte es erst nicht nur des richtigen Begriffs, sondern der richtigen Definition des Titels, war es auch wohl nöthig, sich der Frage von der Seite des Rechtsirrthums und Putativtitels zu nähern, wie dieß der Gang unserer Untersuchung mit sich brachte. Paulus bezeichnet seine Entscheidung selbst als irregulär und utilitatis causa gegeben. Die oft wiederholte Regel ist: Ohne Titel keine Ersitzung, wobei eben an den regelmäßigen Fall gedacht ist, daß die Sache demjenigen gehört, dem sie ohne Titel d. h. unrechtmäßig entzogen worden ist (s. oben S. 188 fr. 1, § 2 cit.).

Wenn er aber selbst mit seiner Entscheidung zur ersten Hälfte seiner berühmten Lehre: Non ex regulis ius sumatur, sed ex iure quod est regulae das beste Beispiel giebt, so dürfen wir es versuchen, in der Anwendung der zweiten Hälfte über seinen Standpunkt hinaus zu gelangen und für das ius quod est, welches sich in den Quellen in hinreichender Deutlichkeit findet, einen korrekteren Ausdruck suchen. Dieß aber glauben wir in Betreff des Titels als Ersitzungserforderniß gethan zu haben, wenn wir dasselbe auf die Ersitzung von demjenigen Besitzer einschränken, welcher die Sache unmittelbar vor Beginn der Ersitzung inne hatte (qui occasionem usucapiendi praestitit).

G. Die bona fides in fr. 25 § 6 De hered. pet. V, 3[1]).

Fr. 25 § 6 sagt: Scire ad se non pertinere hereditatem utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et qui in iure erravit (putavit enim recte factum testamentum cum inutile erat; vel cum eum alius praecederet agnatus, sibi potius deferri); et non puto hunc esse praedonem, qui dolo caret quamvis in iure erret.

1) Bruns l. c. S. 13 fg., Wächter, Bona fides S. 79 fg.

Diese Stelle — nebst der minder deutlich sprechenden § 5 J. de usuc. II, 6 — erheben es über jeden Zweifel, daß die bona fides auch auf Rechtsirrthum gestützt werden konnte, daß in diesem die „iusta causa" liegen kann, „quare bona ad se pertinere existimassent" (scil. heredes). Es steht außer Zweifel, daß die Nachtheile, welche das S. C. Juvencianum über den unredlichen Besitzer verhängt, den auch nur durch einen Rechtsirrthum redlichen nicht treffen.

Die Beweiskraft dieser Stelle für die Beurtheilung der Redlichkeit des Usucapienten wird von Bruns aus dem Grunde bestritten, weil es sich hier um den Gegensatz von bona und mala fides im kriminalistischen Sinne handle, während sich Wächter gegen diese in die Quellen hineingetragene Unterscheidung verwahrt. Ich glaube, daß dieses Fragment jedenfalls ein sehr starkes positives Argument dafür abgiebt, daß den Römern im Allgemeinen bona fides trotz Rechtsirrthum wohl denkbar war, wofür ja auch die stärksten inneren Gründe sprechen. Wohl aber ist Bruns zuzugeben, daß der von ihm hervorgehobene kriminalistische Gesichtspunkt hier einen milden Maßstab für die Beurtheilung der bona fides zutreffend erscheinend ließ; und jedenfalls wäre der Rechtsirrthum des fr. 25 § 6 cit. dann nicht zu berücksichtigen, wenn dessen Berücksichtigung die Anwendung der verkannten Rechtssätze beeinträchtigen würde, wenn z. B. ein Putativtitel pro herede darauf gestützt werden sollte.

Als Resultat der Erörterung der bona fides halten wir fest: Der Begriff der bona fides ist kein streng begrenzter. Je nach der ratio legis wird ein strengerer oder milderer Maßstab angelegt. Auf Rechtsirrthum kann die bona fides so gut wie auf einen anderen Irrthum gestützt werden. Nur vermag der Rechtsirrthum auch in diesem Falle nicht die Anwendung eines verkannten Rechtssatzes zu hemmen (s. oben S. 151 fg).

§ 8. Der Rechtsirrthum bei der Condictio indebiti[1]).

In zahlreichen Stellen wird mit großer Entschiedenheit das Prinzip aufgestellt, daß wenn die Annahme einer in Wahrheit nicht bestehenden Schuld auf Rechtsirrthum beruhte, die Condictio nicht statthabe:

fr. 9 § 6 h. t.; c. 6; 10 h. t.; c. 6 de cond. ind. IV, 5. c. 9 ad leg. Falc. VI, 50; vgl. auch fr. 25 de prob. XXII, 3. Gleichwohl ist das Prinzip selbst in hohem Grade bestritten[2]).

Um nun die Wiederholung von oft Gesagtem zu vermeiden, wollen wir in der Hauptsache auf die Ausführungen Wächter's und Mühlenbruch's verweisen, welche die Bedeutung dieser Stellen in hohem Grade abschwächen, und uns mit folgenden Feststellungen begnügen.

In so lebhaftem Widerspruche — nach Eingeständniß einsichtiger Gegner (Windscheid, Dernburg) — das Prinzip jener Quellenstellen mit dem Rechtsbewußtsein und der Rechtskonsequenz steht, so ist doch die einzige konkrete Entscheidung, welche aus demselben abgeleitet ist, mit jedem vernünftigen Standpunkt in vollem Einklang. Es ist dies fr. 9 § 5 cit. Darüber, daß es nicht angeht, den „dummen" (stultis) oder besser dummdreisten Gargilianischen Erben zu helfen, welche

1) S. zu dem Folgenden insbes.: Mühlenbruch l. c. S. 419—431. Savigny l. c. XXXV. Wächter, Pand. II, S. 502. Württemberg. Priv.-R. II, § 21, III, c. Brinz, Pand. III, 550, Anm. 39. Windscheid, Pand. § 426, Anm. 14. Dernburg, Pand. II § 141 Z. 3. Pfersche, Bereicherungsklagen, 123 fg.

2) Dasselbe steht auch mit unserer These, daß der Rechtsirrthum nur dann nicht berücksichtigt wird, wenn er das auf den Fall anzuwendende Recht betrifft, im schroffsten Widerspruche. Denn es ist klar, daß der Rechtssatz, kraft dessen ich keine Zahlungspflicht habe, nicht der Rückforderung des trotzdem Gezahlten im Wege steht.

eine hereditas dem Fideikommissar ausgeantwortet haben, und deren Treppengeist sich nachträglich auf Unkenntniß der lex falcidia beruft, wird wohl auch de l. f. keine Meinungsverschiedenheit bestehen [1]). Auf der anderen Seite sehen wir das mit so viel Sicherheit ausgesprochene Prinzip von Ulpian in dem Augenblick verleugnet, wo ein Zweifel an der Entschuldbarkeit des Rechtsirrthums auftaucht, weil derselbe sich auf ein neues, weniger in das tägliche Leben eingreifendes Gesetz Marc Aurel's bezieht:

fr. 1 pr. cit. . . . . quid deinde si ignoravit (scil. heres) remissam sibi satisdationem? potest condicere. Si vero hoc non potuisse remitti crediderit, numquid condicere possit, qui ius ignoravit? adhuc tamen benigne quis dixerit satisdationem condicere posse.

Unter solchen Umständen ist das Verfahren Mühlenbruch's (S. 394) vollkommen zu billigen, welcher sich nicht bei den in fr. 9 § 5 cit. angeführten Argumenten beruhigt, sondern nach tieferen Gründen der dem Rechtsgefühl völlig entsprechenden Entscheidung forscht. Er findet dieselben mit sehr passender Berufung auf c. 2 De fideic. VI, 42 [2]) in der Anstandspflicht des Erben, sein Recht auf die Falcidia, als gegen den Willen des Erblassers verstoßend, nicht geltend zu machen (s. unten 1 b).

Ueberhaupt ist folgende Betrachtung geeignet, die Erkenntniß zu vermitteln, daß der unerträgliche quellenmäßige Satz von der Unzulänglichkeit des Rechtsirrthums zur Begründung der Cond. indebiti sich gerade so wie der allgemeinere Satz error iuris nocet nur durch falsche Generalisirung ge-

1) Ueber die Condictio der Falcidia siehe im Allgemeinen Pernice, Labeo III, 250.

2) Keine Condictio wegen Auszahlung eines nicht rechtsgiltigen Fideikommisses. Dagegen Savigny eod.

bildet hat. Es giebt eine ganze Reihe von Fällen, wo in der That die Condictio auf Rechtsirrthum nicht gestützt werden kann und zwar

1) wenn eine bloße Anstandspflicht oder doch ein vernünftiger Grund [1]) zur Zahlung vorliegt.

Hier sind wieder zwei Fälle zu unterscheiden.

a) Das Nichtgeben wäre nicht eine Verletzung einer Rechtspflicht, aber doch eine entschiedene Unanständigkeit gewesen. Dies ist der Fall der Naturalobligation. Keine noch so entschuldbare Unkenntniß, also auch kein Rechtsirrthum begründet die Rückforderung.

b) Das Nichtgeben wäre zwar keine Unanständigkeit, die Anstandspflicht durchaus keine gebieterische, aber die Leistung war doch ein billigenswerther, vielleicht außerordentlich großmüthiger Akt. Ist nun ein solcher Akt aus Irrthum vorgenommen worden, so steht der Rückforderung nichts im Wege. Aber das objektive Vorhandensein jenes vernünftigen Grundes bewirkt doch die praesumptio facti, daß eben nicht aus Irrthum gezahlt wurde, und namentlich ein Rechtsirrthum wird schwer anzunehmen sein [2]). Wer sich in solchem Falle auf Irrthum beruft, der muß eine Antwort gewärtigen, deren populärer Sinn ist: das könnte Jeder sagen. So ist auch der ärgerliche Ton zu verstehen, mit welchem die Kaiser die Gargilianischen Erben anlassen.

2) Der Irrthum über kontroverse Rechtssätze, welcher sonst nach allgemeiner Annahme entschuldigt wird, wird gerade die Cond. indebiti häufig nicht begründen, denn nach sachgemäßer Entscheidung wird nur das im Irrthum, nicht das im Zweifel Geleistete erstattet [3]).

---

1) good consideration des englischen Rechts.

2) Der Zusammenhang zwischen Entschuldbarkeit und Beweisbarkeit des Irrthums wäre überhaupt näherer Untersuchung werth. Vgl. Pfersche l. c.

3) Wegen der praesumptio transactionis. Justinian entscheidet aller-

3) Von geringerer Bedeutung für die Bildung des falschen Prinzips der Quellen sind die Fälle, wo der Rechtsirrthum deshalb ignorirt wird, weil er nicht den irrigen Glauben an das Bestehen der Zahlungspflicht, sondern eine irrige Auffassung von der Wirkung der Leistung zur Folge hat. So kann ich einen Wechsel, den ich ausgestellt habe, nicht aus dem Grunde meiner Unkenntniß des Wechselrechts kondiziren, desgleichen nicht [1]) eine Ehrenzahlung.

Ferner ist festzustellen, daß selbst die in der Theorie herrschende Meinung, welche annimmt, daß die Cond. indeb. nur auf entschuldbaren Irrthum, daher prinzipiell nicht auf Rechtsirrthum gestützt werden kann, dieses Prinzip in einer Weise verklausulirt, daß es sich in seiner praktischen Anwendung unserem Prinzip, welches zwischen Rechtsirrthum und Thatsachenirrthum nicht unterscheidet, völlig nähert. Denn auch Windscheid läßt die Condictio wegen entschuldbaren Rechtsirrthums zu. Wenn nämlich Windscheid sagt, daß die ausnahmsweise Entschuldbarkeit des Rechtsirrthums nachgewiesen werden müßte, so wiederholt er damit nur scheinbar und äußerlich seine im allgemeinen Theil gegebene Theorie des Rechtsirrthums. Denn seine Absicht ist wohl nicht, die Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums für den Kondizirenden nur in den dort angeführten Ausnahmsfällen (s. oben § 1) anzuerkennen. Und einen strengen Beweis der Entschuldbarkeit verlangen wohl auch nur seine Worte, nicht sein Sinn, da doch hier in aller Regel

---

dings die alte Kontroverse in entgegengesetztem Sinne. c. 11 De cond. ind. IV, 5. Für die Entwickelung des Prinzips der Nichtberücksichtigung des Rechtsirrthums ist dieser Umstand jedoch ohne Bedeutung. S. auch Arndts, Krit. Ueberschau IV, 240 und Seuff. Arch. IV, 123, VII, 54, XIII, 255.

1) Der Ehrenzahler glaubte z. B., daß ihm der präsentirende Inhaber selbst regreßpflichtig werde, wenn er zu Ehren eines Nachmannes des Inhabers zahlt. (Oesterreich. oberster Ger.-Hof. Glaser-Unger 6209.)

nur das subjektive Gefühl des Richters entscheiden kann. So lassen die Vertreter der herrschenden Meinung der Praxis eine Hinterthür [1]), durch welche in der Regel der richtige Grundsatz von der Gleichstellung des Rechts- und Thatsachenirrthums in die Praxis einzieht. Mit Rücksicht darauf, daß somit in der weit überwiegenden statistischen Mehrzahl der Fälle auf Grund des Rechtsirrthums die Condictio für zulässig erkannt wird, kann man sagen, daß für die Praxis [2]) bei der Annahme des Prinzips die Hinterthür die Hauptsache war und Windscheid sich sehr zu Unrecht auf dieselbe beruft.

Auch sämmtliche moderne Rechte außer dem gemeinen stehen auf dem Standpunkte der Gleichstellung des Rechts- mit dem Thatirrthum bei der Cond. indeb. (s. unten § 12), so daß nicht zweifelhaft ist, daß dieselbe mindestens dem heutigen Rechtsbewußtsein entspricht [3]).

§ 9. Der Rechtsirrthum in fr. 29 § 2 mand. XVII, 1 und in fr. 2 de conf. XLII, 2.

An dieser Stelle sollen zwei vereinzelte Quellenentscheidungen besprochen werden, für welche innerhalb der bisher erörterten Gruppen kein Raum war.

I. Einen solchen Fall, dessen Erörterung sich an die Lehre von der Cond. indeb. wohl anschließt, entscheidet Ulpian in

---

1) Bei Dernburg einfach: „in der Regel“.

2) Seuffert's Archiv V, Nr. 291, VII, 53, XIII, 254, XXI, 149, vgl. auch XXXI, 40, XXXIII, 134, XXXVII, 121; dieß die instruktivsten Entscheidungen. Weitere bei Windscheid l. c. Auf Abweisung der Condictio trotz Rechtsirrthums erkennt nur das O.A.G. Rostock VII, 52 in einem Falle, wo für Vorliegen irgend eines, geschweige eines entschuldbaren Rechtsirrthums nicht die mindesten Anhaltspunkte vorhanden sind.

3) Die Frage, ob überhaupt Entschuldbarkeit des Irrthums zu fordern ist, gehört nicht in den Rahmen dieser Untersuchung.

fr. 29 § 2 mand. XVII, 1: Non male tractabitur, si, cum ignoraret fideiussor inutiliter se obligatum, solverit, an mandati actionem habeat? Et si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia eius potest: si vero ius, aliud dici debet.

Nach der bloß grammatischen Interpretation wäre anzunehmen, daß der Jurist hier die Solution einer Obligation durch den Bürgen ins Auge faßte, welche nur in ihrer Richtung gegen den Bürgen, nicht auch in der gegen den Hauptschuldner unwirksam ist. Mühlenbruch macht hierfür noch geltend, daß von dem Fall der Unwirksamkeit der Obligation gegen den Hauptschuldner und daher gegen den Bürgen schon im § 1 die Rede war [1]). Dieses Argument wird aber dadurch seiner Kraft beraubt, daß im § 3 die Erörterung sicher wieder von dem Falle der objektiven (auch für den Hauptschuldner bestehenden) Unwirksamkeit der Obligation ausgeht, so daß sich § 2 als ganz ungehöriges Einschiebsel darstellen würde. Am stärksten sind aber die inneren Gründe, welche gegen die Mühlenbruch'sche Auffassung sprechen. Es hat ja doch nicht den mindesten Sinn, den Bürgen mit der Zahlung einer wirklich bestehenden Hauptschuld, welche sonst der Hauptschuldner zahlen müßte, „hereinfallen" zu lassen. Wenn so etwas zehnmal in den Quellen stünde, so müßte man in allen zehn Fällen Textverderb annehmen, und würde man dies nicht thun, so würde doch kein Gericht je ein solches Urtheil beschließen. Nun aber ist die Lage der Quellen eine ganz andere.

§ 6 eod. sagt: fideiussor, si solus tempore liberatus, tamen solverit creditori, recte mandati habebit actionem adversus reum: quamquam enim iam liberatus solvit: tamen fidem implevit et debitorem

1) S. hierzu Mühlenbruch l. c. S. 398.

liberavit. Si igitur paratus sit defendere reum adversus creditorem aequissimum est mandati iudicio eum, quod solvit recuperare et ita Iuliano videtur.

Diese Stelle desselben Fragmentes ist mit der Mühlenbruch'schen, dem Wortsinne nach näherliegenden Auffassung des § 2 cit. schlechthin unvereinbar und bestätigt den Satz, daß der Bürge für wirksame Zahlung der aufrecht bestehenden Hauptschuld selbst dann seinen Regreß hat, wenn er wußte, daß er persönlich zur Zahlung nicht verpflichtet war, geschweige denn, wenn er sich hierüber in einem rechtlichen oder thatsächlichen Irrthum befand.

Unser Fragment stammt aus den Disputationen des Ulpian und bezieht sich in § 6 auf einen Ausspruch des Julian, welcher offenbar mit folgendem im Ediktskommentar desselben Ulpian angezogenen identisch ist:

fr. 10 § 12 mand. XVII, 1:

Generaliter Iulianus ait, si fideiussor ex sua persona omiserit exceptionem, qua reus uti non potuit, si quidem minus honestam, habere eum mandati actionem [quodsi eam qua reus uti potuit, si sciens id fecit, non habiturum mandati actionem; si modo habuit facultatem rei conveniendi desiderandique, ut ipse susciperet potius iudicium vel suo vel procuratoris nomine].

Scheinbar legt allerdings diese Stelle eine Erklärung nahe, welche die Uebereinstimmung mit fr. 29 § 6 cit. zerstören würde. Es liegt nämlich nahe, mit Cujacius 11 Observ. 40 durch ein argumentum a contrario zu folgern, daß dem Bürgen, welcher von einer bloß persönlichen exceptio honesta keinen Gebrauch macht, jeder Regreß abgesprochen wird. Gegen diese Annahme spricht neben den erwähnten höchst triftigen inneren Gründen ganz schlagend, daß dadurch ein unversöhnlicher Gegensatz zu dem gleichfalls Ulpian-Julian-

schen Fragment 29 § 6 zu Stande käme, denn die Einrede der Verjährung ist am wenigsten für den Bürgen, welchen die Schuld materiell nicht angeht, und der durch die Säumnis des Gläubigers in der Eintreibung der Schuld um die Wirksamkeit seines Regresses kommen kann, eine exceptio minus honesta.

Außerdem erscheint die Ausdrucksweise des § 12 cit. bei dieser Auffassung schon an sich höchst auffallend, denn ein Satz, der nur in dem ganz speziellen Fall der exceptio minus honesta gälte, wäre ganz unlogisch mit „Generaliter" eingeleitet, etwa wie wenn einer sagen würde: Im Allgemeinen haben die Säugethiere Flossen, sofern sie nämlich zu den Walen gehören.

Die Schwierigkeit löst sich, wenn wir in dem Satze „Si quidem minus honestam" nicht eine zu der ersten neu hinzugefügte Bedingung, sondern die Anführung eines Beispieles erblicken, worauf die Konjunktion quidem wohl hinweist. Sinngemäß wäre dann zu übersetzen: „etwa weil die Einwendung minder honett war". Dies schließt sodann durchaus nicht aus, sondern setzt voraus, daß auch dann der Regreß stattfand, wenn der Bürge die wirksame Hauptschuld, ohne Rücksicht auf eine ihm persönlich zustehende völlig honette Einrede bezahlt hat.

Wir sehen uns also aus inneren Gründen und dann mit Rücksicht auf den sonstigen Stand der Quellen dazu gedrängt, fr. 29 § 2 cit. von dem Falle der Ungiltigkeit der Obligation des Hauptschuldners wie des Bürgen — nicht bloß des letzteren — zu verstehen, was zwar nicht die nächstliegende, wohl aber eine nicht nur mögliche, sondern geradezu nothwendige Auffassung ist. Dann gewinnen wir den Rechtssatz, daß im Falle der Bürge irrthümlich eine unwirksame Schuld bezahlt, er dann keinen Regreß hat, wenn sein Irrthum ein Rechts-

irrthum ist. Und da dieser Satz nicht nur die Autorität der Quellen für sich hat, sondern auch mit gewissen Einschränkungen von der unbefangenen Kritik des Rechtsgefühls und der Wissenschaft bestätigt wird, da er sich nicht als einer jener falsch generalisirenden allgemeinen Aussprüche erweist, an welchen die Lehre der Quellen vom Rechtsirrthum so reich ist, so scheint sich hier eine gewichtige negative Instanz gegen unsere Ansicht von der prinzipiellen Gleichstellung des Rechts- und Thatirrthums zu ergeben. In Wirklichkeit liegt nur eine nicht weiter auszudehnende, auf besonderen Gründen beruhende Ausnahme von unserem Prinzip vor, welche einen tieferen Einblick in das Wesen des Regresses des Bürgen gestattet.

Der Regreß des Bürgen wird von den Römern überhaupt und insbesondere in dem cit. fr. 29 (vergl. § 6 cit.) auf Mandat zurückgeführt. Würde die Entscheidung des § 2 cit. auf einem Gedanken von allgemeiner Tragweite für die Theorie des Rechtsirrthums beruhen, so müßte sie sich dahin ausdehnen lassen, daß kein Mandatar für dasjenige, was er in Folge Rechtsirrthums unnütz ausgelegt hat, eine actio contraria habe.

Der Prokurator, welcher die Kassa des Herrn führt, leiste irrthümlich eine Zahlung. Es müßte nach dieser Entscheidung untersucht werden, ob der Irrthum Rechts- oder Thatirrthum war, und im ersten Falle prinzipiell Unentschuldbarkeit angenommen werden. Die Unhaltbarkeit und Willkürlichkeit dieser Unterscheidung giebt eine eklatante Bestätigung unserer Grundanschauung, und wenn sich dieselbe im Falle der Zahlung des Bürgen nicht bewährt, wenn hier eine Unterscheidung im Wesentlichen mit Recht gemacht wird, welche bei einem anderen Mandatar willkürlich erscheint, so muß dies auf speziellen, dem Bürgenregreß eigenthümlichen Gründen beruhen.

Um diese zu finden, müssen wir die Entscheidung des

fr. 29 § 2 cit., welche uns zunächst nur eine mit bewunderungswürdig feinem Rechtsinstinkt formulirte, aber doch nur eine Durchschnittswahrheit giebt, auf ihren richtigen Kern reduziren.

Die Frage, ob der Bürge für die irrthümliche, unnütze Zahlung Ersatz erhält, hängt nicht wie bei einem anderen Mandatar nur davon ab, ob der Irrthum entschuldbar war. Zwar kann die Ersatzforderung nie auf unentschuldbaren Irrthum gestützt werden, aber sie hat auch beim entschuldbarsten Irrthum nicht immer statt. So nie bei Rechtsirrthum, wie unsere Stelle sagt, aber auch nicht immer beim Thatirrthum, was unsere Stelle nicht sagt. Gesetzt, es hätte der Bürge [1]), durch eine falsche Urkunde oder eine außerordentliche Aehnlichkeit höchst entschuldbarer Weise getäuscht, einem falschen Gläubiger gezahlt, ohne den Hauptschuldner zu befreien. Jeder fühlt sofort, daß das ein Zufall ist, welcher sich in der Person des getäuschten, zahlenden Bürgen ereignet hat [2]), daß dieser daher keinen solchen Regreßanspruch erwirbt, wie etwa der Kassirer, der für seine Bank dergleichen irrthümliche Zahlung leistet.

Der Grund dieser Verschiedenheit, welche sich uns unabweisbar aufdrängt, kann nur darin liegen, daß der Bürge im eigenen Namen eine eigene Verbindlichkeit zahlt, der gewöhnliche Mandatar nur in fremdem Namen eine fremde.

Die Regreßverbindlichkeit des gewöhnlichen Mandanten beruht darauf, daß die Zahlung nur seinetwegen stattfand, und nicht stattgefunden hätte, wenn der Mandatar nicht Rembours erwartet hätte. Der Bürge aber zahlt schon um seiner selbst willen, und er muß auch zahlen, wenn er keinen

---

1) Aehnliches gilt vom Acceptanten einer Tratte. Ob auch vom bloßen Trassaten??

2) Vergl. das interessante fr. 67 De fideiuss. XLVI, 1 .... quia iniuriam quae tibi facta est, penes te manere quam ad alium transferri aequius est.

Rembours erwarten darf (z. B. bei Insolvenz des Hauptschuldners), ja selbst wenn der Hauptschuldner die Zahlung verboten hat. Die Regreßverbindlichkeit des Hauptschuldners beruht also nicht darauf, daß die Zahlung bloß contemplatione domini (rei) geschehen ist, sondern auf dem Faktum der nützlichen Zahlung. Nützlich ist aber nur jene Zahlung, welche, wenn sie nicht der Bürge geleistet hätte, in gleicher Lage der Hauptschuldner füglich hätte leisten müssen.

In diesem Sinne kann auch eine irrthümliche Zahlung des Bürgen dann nützlich sein, wenn anzunehmen ist, daß der Hauptschuldner den Irrthum getheilt hat. Dies ist nun nicht anzunehmen,

1) wenn der Irrthum des Bürgen sein Verhältniß zum Zahlungsempfänger, dessen Eigenschaften, Legitimation ꝛc. und nicht etwa den Bestand der Hauptschuld betraf. In diesem Falle ist es gleichgiltig, ob der Irrthum ein Rechts- oder Thatirrthum war.

2) Wenn der Irrthum zwar den Bestand der Hauptschuld betraf, jedoch ein Rechtsirrthum war. Denn von vornherein ist Niemand zuzumuthen, daher auch nicht dem Hauptschuldner, daß er sein Recht nicht kennen werde. Betrifft der Irrthum zudem einen zwingenden Rechtssatz, welcher dem Bestand der Hauptschuld im Wege steht, so hindert eben dieser Rechtssatz in analoger Anwendung auch den Bestand der Regreßverbindlichkeit, und die Unkenntniß desselben wird schon als Unkenntniß des anzuwendenden Rechtes nicht beachtet.

Hat ein thatsächlicher Irrthum den Bestand der Hauptschuld dem Bürgen vorgetäuscht, so haftet ihm der Hauptschuldner in aller Regel, denn es sind zwei Fälle möglich. Entweder der Hauptschuldner befand sich in dem gleichen Irrthum wie der zahlende Bürge; — dann war die Zahlung

eine nützliche in dem obigen Sinne, und findet aus diesem Grunde Regreß statt. Oder aber der Hauptschuldner war von der liberirenden Thatsache unterrichtet. Dann konnte die Zahlung des Bürgen nur durch sein (des Hauptschuldners) Verschulden erfolgen, denn ihm liegt eine genaue Informationspflicht ob (fr. 29 cit. § 3, 4). Nur für das Recht als eine Allen gleich zugängliche Thatsache besteht solch' eine Informationspflicht nicht. Ist ein Rechtssatz auch dunkel oder kontrovers [1]), so ist er es sowohl für Bürgen als für Hauptschuldner, und der Bürge muß auch die Folgen einer durchaus entschuldbaren Täuschung — im Gegensatz zum Mandatar — tragen, sofern nur den Hauptschuldner kein Versehen trifft.

In dieser Betrachtung finde ich den Grund der merkwürdigen Entscheidung des fr. 29 § 2 cit., welche als Ausnahme unser Princip von der Gleichstellung des Rechts- und Thatirrthums bestätigt, und deren wahrem und richtigen, vom Rechtsgefühl bekräftigten Inhalt der folgende Ausdruck entspricht: Zahlt ein Bürge in der irrigen Meinung, daß die Hauptschuld zu Recht bestehe, so hat er nur dann Regreß gegen den Hauptschuldner, wenn er die liberirende Thatsache nicht kannte.

II. Weit weniger Interesse bietet das in der Ueberschrift angeführte fr. 2 de conf.: **Non fatetur qui errat, nisi ius ignoravit (Ulpian).**

Das Fragment ist m. E. trotz seiner irreführenden Stellung von dem Zugeständniß einer Thatsache in iudicio, nicht eines Anspruchs (conf. in. iure) zu verstehen, denn sonst wäre die Unrichtigkeit seiner Entscheidung vielfach bezeugt (Buhl, Anerkennungsvertr. 1875, S. 76). Der Rechtsirrthum, an

1) Der sichere Beweis, daß der Grund der Entscheidung nicht in der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums liegt.

welchen Ulpian denkt, kann demnach nur der Irrthum über die rechtliche Folge des Geständnisses sein, und wird nach dem Satze, welcher die Anwendung des Rechtes auch auf den Unwissenden fordert, nicht berücksichtigt.

Aber auch wenn man mit Keller (N. 734) und Bethmann-H. (II. § 105 N. 16), den Satz Non fatetur qui errat für die conf. in iure acceptirt, bleibt unsere Erklärung des Nisi-Satzes völlig natürlich (vergl. C. 1 h. t.).

Buhl (l. c.) und Eisele (Sav. Ztschr. X, 319), welchen diese Auffassung fremd ist, trachten die Stelle durch die Annahme, daß der Nisi-Satz interpolirt ist, verständlicher zu machen, womit er für uns jede Bedeutung verlieren würde.

§ 10. Ausnahmen von dem falschen Satze[1]).

Zu den zugegebenen Ausnahmen von dem falschen Satze von der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums werden zunächst alle jene Ausnahmen gehören, welche wir auch für den richtigen Satz acceptiren (unten § 11). Wenn wir uns gezwungen sehen, zu sagen, daß gewisse Personenklassen die Rücksicht erfordern, daß wir unter Umständen Rechtssätze in ihren Angelegenheiten deshalb nicht zur Anwendung bringen, weil sie dieselben nicht kennen, so werden wir ihnen mit der herrschenden Lehre auch sonst die Unkenntniß dieser Rechtssätze nachsehen.

Der Hauptsitz der Differenz unserer von der herrschenden Lehre liegt in jenen überlebten Ausnahmen, welche auf den richtigen Satz nicht passen, den falschen jedoch nicht genügend beschränken. Für den Satz „der Rechtsirrthum ist unentschuldbar" giebt es nur eine wahre Ausnahme, nämlich: außer wenn er entschuldbar ist. Das heißt aber nicht ausnehmen, sondern wegnehmen.

1) Windscheid l. c. Savigny l. c. IV.

Die von uns als theils ungenügend (rücksichtlich des falschen) theils unzulässig (rücksichtlich des richtigen Satzes) erkannten Ausnahmen sind: 1) Der Irrthum über kontroverses Recht. Es ist eine richtige Bemerkung, daß ein solcher Irrthum stets entschuldbar sein wird. Nicht richtig ist, daß ein solcher Irrthum stets berücksichtigt wird. Angewendet wird das kontroverse Recht in der nach Meinung des Richters richtigen Deutung auch auf den, welcher — gewiß sehr entschuldbarer Weise — entgegengesetzter — wohl meistens der ihm günstigeren — Meinung war. Beispiele s. oben.

Hinzugefügt mag noch werden, daß selbst diejenigen Strafrechtler, welche annehmen, daß die Unkenntniß des anzuwendenden Rechtes den dolus ausschließe, gerade in dem Falle des Zweifels und der irrigen Auslegung eines Gesetzes Strafbarkeit annehmen [1]). Anderenfalls wäre das Strafrecht alsbald von allen Kontroversen gesäubert, da die mildere Auslegung unter den Verbrechern stets die Communis opinio für sich haben wird, und es müßte dem Verbrecher eigentlich die maßgebendste Stimme zur Entscheidung der Rechtsfrage gegeben werden.

2) Der Irrthum über partikuläres, lokales, ungeschriebenes Recht. Mutatis mutandis ist hier ganz dasselbe zu sagen. Wenn die Anwendung solchen Rechtes vor der Unkenntniß desselben Halt machen soll, so wird dasselbe einfach umgebracht.

3) Der sogenannte Subsumtionsirrthum. Savigny lehrt, daß der Irrthum, welcher durch fälschliche Beziehung oder fälschliche Nichtbeziehung eines bekannten Rechtssatzes auf einen Thatbestand entsteht, stets auf error facti beruht, daher entschuldbar sein kann, während Wächter bemerkt, daß die irrige Subsumtion sowohl auf irriger Auffassung der Rechtsregel als auf Verkennen des Thatbestandes beruhen kann. Ich möchte weiter gehen und behaupten, daß jeder

1) S. Schwarze, Kommentar zum deutschen Str.G.B. § 59 Z. 14.

Irrthum über den wahren Inhalt eines nicht völlig unbekannten Rechtssatzes, sobald er einmal zur Veranlassung einer Handlung geworden ist, ein Subsumtionsirrthum ist. Jeder Auslegungsirrthum kommt eben nur insoweit in Betracht, als er falsche Subsumtion verursacht. Nur wird gewöhnlich der große Auslegungsirrthum nicht mehr als Subsumtionsirrthum bezeichnet, sondern nur derjenige, welcher auch bei genauer Kenntniß des Wortlautes des Gesetzes möglich ist, und dieser Umstand hat auch wohl zur Aufstellung dieser sonderbarsten Ausnahme Anlaß gegeben. Genau genommen aber subsumirt sowohl derjenige falsch, welcher das, was vom peculium quasi castrense gilt, auf jedes peculium anwendet, als auch derjenige, welcher irrig im strittigen Falle des fr. 50 ad. S.C. Treb. XXXVI, 1 ein pec. castrense annimmt; und ob so ein Subsumtionsirrthum berücksichtigt wird, hängt im Allgemeinen von der Frage der Entschuldbarkeit ab. (S. auch Binding l. c. N. 446.)

Nur in dem Falle, wenn der Subsumtionsirrthum auf den anzuwendenden Rechtssatz sich bezieht, bleibt derselbe stets irrelevant, und kann die Anwendung nicht hemmen, denn die Subsumtion (Konstruktion) ist nach einem alten Gemeinplatz Sache des Richters, nicht der Parteien. Dieß wissen denn auch die Kriminalisten sehr wohl[1]), und nur die Civilisten vergessen es gerade dann, wenn sie zufällig die Lehre vom Rechtsirrthum ex professo behandeln.

IV. Der richtige Satz und seine Ausnahmen.

§ 11.

Der Satz, daß ein Gesetz auch auf den, welcher es nicht kennt, Anwendung findet, ist selbstverständlich und folgt direkt aus

1) Schwarze cod.

dem Inhalt der einzelnen Gesetze, welche für die Irrenden und Unwissenden keine Ausnahme machen. Eines Studiums bedarf aber dieses fundamentale Prinzip, weil es denn doch nicht so absolut ist, wie es scheint, und zur Milderung seiner Härte vieler Ausnahmen bedarf. Damit eine solche Ausnahme gemacht werden könne, müssen gewisse Voraussetzungen 1) rücksichtlich der Natur des anzuwendenden Rechtssatzes, 2) rücksichtlich des irrenden Subjektes zusammentreffen.

Ad 1. Hier gilt es, eine neue Bahn zu betreten, und es wird verziehen werden, wenn das Resultat kein abschließendes sein kann.

Der Versuch der Abwendung der Anwendung eines Rechtssatzes aus dem Grunde des Irrthums über denselben setzt voraus, daß dieser Rechtssatz zum Motiv einer Handlung des Irrenden geworden ist, deren Folgen durch diesen Rechtssatz getroffen werden.

Es handelt sich also stets um Rechtssätze, welche die Folgen menschlicher Handlungen festsetzen. Die Rechtssätze thun dies nun im Sinne des Gesetzgebers zuweilen ohne jede Rücksicht darauf, ob sie auch wirklich Motive der betreffenden Handlung geworden sind, weil diese Handlung diese Folge erfordert, weil also die rechtliche Folge an sich durch den Thatbestand der Handlung gerechtfertigt erscheint. So erscheint die Strafe durch den Thatbestand des Mordes gerechtfertigt, auch wenn das strafende Gesetz bei dem Mörder nicht als hemmendes Motiv gewirkt hat, desgleichen ist die Haftung für gewisse Mängel nach dem Sinn des Gesetzgebers die an sich gerechte Folge des Kaufes. Der Irrthum über solche Rechtsnormen ist für die Anwendung derselben nun m. E. ausnahmslos irrelevant, auch wenn der Irrende eine der bevorzugten Personen ist, quibus ius ignorare permissum est.

Der Grund des Satzes von der Anwendbarkeit des Rechts auf den Irrenden liegt für diesen Theil des Rechtes in der objektiven Gerechtigkeit desselben auch für den Unwissenden. Es ist das jener Theil des Rechtes, welcher nach Meinung des Gesetzgebers gerecht wäre, auch wenn das Gesetz nicht wäre, und welchen die Römer nur mit einem sehr ungefähren und sicher zu engen Ausdruck als ius naturale, wohl auch als ius gentium bezeichneten. Entscheidend sind die von uns angegebenen Kriterirn.

Außerdem giebt es nämlich Rechtssätze, welche die Folgen von menschlichen Handlungen ausschließlich zu dem Zwecke in einer bestimmten Weise regeln, damit diese Folgen Motive für die Handlungen werden. Diese Rechtssätze, zu welchen beispielsweise die Formvorschriften gehören, appelliren also direkt und ausschließlich an den Willen, daher auch an das Wissen des handelnden Subjekts. Wenn sie sich nun gleichfalls ohne Rücksicht auf jenes Wissen durchsetzen, so hat das einen ganz anderen Grund als den, daß sie ohne solche Rücksicht gerecht erscheinen. Es ist ja klar, daß es nicht an sich gerecht ist, daß eine außerbücherliche Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken, daß ein undatirter Wechsel nichtig sein soll, daß einer wegen Waffentragens bestraft werden soll, es ist klar, daß all dieß direkt ungerecht wäre, wenn es nicht ein positives Gesetz so wollte. Das Gesetz aber will mit gutem Grunde, daß der Eigenthumswechsel bei Grundstücken verbüchert, daß Wechsel datirt, daß Waffen nicht getragen werden sollen.

Wenn es nun die Folgen auch gegen den in Irrthum und Unkenntniß Zuwiderhandelnden verhängt, so geschieht dies, weil es nicht gekannt und ignorirt würde, wenn sein Imperativ vor der Unwissenheit prinzipiell Halt machen müßte. Ausnahmsweise mögen gewisse Personenklassen dadurch begünstigt

werden, daß dieses rein positive Recht — von den Römern ius civile genannt — sich ihnen gegenüber minder rücksichtslos durchsetzt. Hie und da mögen minder wichtige Gesetze überhaupt ihre Wirksamkeit von der Kenntnißnahme ausdrücklich oder stillschweigend abhängig machen [1]).

Wenn wir uns nun vor Augen halten, daß in einer m. E. unvollkommeneren Gestalt unser ad hoc konstruirter Gegensatz von nicht rein positivem und rein positivem Recht sich in der röm. Eintheilung in ius naturale und ius civile wiederfindet, so wird es auch nicht an positiven Anhaltspunkten für unsere Behauptung fehlen, daß das Privileg der bevorzugten Personen sich nur auf das rein positive Recht bezieht.

Zunächst ist unser Satz für das Gebiet des Strafrechts anerkannt. Schon Savigny l. c. S. 389 sagt: Jedoch sind auch diese Klassen (scil. die bevorzugten Personen) nur bei denjenigen Strafgesetzen ausgenommen, welche eine mehr positive Natur haben (iuris civilis), nicht bei denen, welche schon dem natürlichen Rechtsgefühl einleuchten (iuris gentium) [2]).

In noch näherer Uebereinstimmung mit unserer Eintheilung steht das englische Strafrecht [3]), welches den Rechtsirrthum

---

1) So wäre es unbillig, durch Anschlag kundgemachte Gebote und Verbote der lokalen Obrigkeit ohne weiteres gegen einen zugereisten Blinden oder Analphabeten zur Geltung zu bringen.

2) fr. 38 § 2 ad Leg. Iul. XLVIII, 5, Quare mulier tunc demum eam poenam quam mares sustinebit, cum incestum iure gentium prohibitum admiserit, nam si sola iuris nostri observatio interveniet .... Vgl. § 4 eod. C. 2 de in ius voc. II, 2: Rusticitas befreit nicht von der Strafe für in ius vocatio des Patrons, cum naturali ratione honor eiusmodi personis debeatur. Darin liegt auch der richtige Kern der Binding'schen Ansicht, daß der Rechtsirrthum nach römischer Auffassung den dolus ausschließt.

3) Blackstone l. c., Stephen l. c.

höchstens bei dem malum prohibitum — nicht bei dem malum in se entschuldigt.

Daß sich aber dieser Gegensatz nicht auf das Strafrecht allein bezieht, geht daraus hervor, daß die Ratio desselben auch anderwärts zutrifft, wenngleich die Beispiele des Strafrechts am nächsten liegen.

Die zahlreichen Beispiele, welche uns die Quellen liefern, wo sich die bevorzugten Personen mit Erfolg auf den Rechtsirrthum berufen, um die Anwendung eines verkannten Privatrechtssatzes abzuwenden, beziehen sich denn auch auf das rein positive Recht[1]). Die Anwendung solcher rein positiver Rechtssätze auf den Unwissenden, falls derselbe zu den bevorzugten Personen gehört, wird aber namentlich dann cessiren, wenn dieselben zu den minder bekannten gehören, und namentlich für den Unwissenden die Belehrung besonders erschwert wird (fr. 10 De bon. poss. XXXVII, 1, fr. 2 § 5 quis ordo XXXVIII, 15, fr. 9 § 3 h. t.). Als das geeignetste Mittel der Abwendung erscheint in der Regel die Restitution. (S. oben § 6).

Ad 2. Subjektive Gründe[2]), aus welchen gegen die Anwendung eines verkannten Rechtssatzes geholfen wird, sind: a) Minderjährigkeit. S. z. B. fr. 9 pr. h. t., C. 2 et 11 h. t., fr. 7 § 6 De minor. VII, 6. b) Weibliches Geschlecht. Dessen Begünstigung ging nicht so weit wie die der Minderjährigen, Rechtsirrthum half den Weibern nur „in quibusdam causis" (fr. 9 h. t.), namentlich nicht in lucris faciendis (fr. 8

1) Auch die Privilegien der Soldatentestamente (für welche der Satz Nemo pro parte testatus pro parte intestatus mori potest nicht gilt) beruhen auf dem Gedanken, daß der Soldat die Feinheiten, Fallstricke und Launen des rein positiven Rechtes nicht zu kennen braucht.

2) Mühlenbruch l. c. S. 439 ff. (mit erschöpfenden Quellencitaten.) Wächter, Pand. § 21, Beilage II, 2.

h. t., c. 11 h. t., c. 6 qui admitti VI, 9). c) Soldatenstand: fr. 9 § 1 h. t., c. 1 h. t. d) rusticitas. Durch Mühlenbruch und Wächter ist festgestellt, daß unter rusticitas allgemeine Welt- und Rechtsunerfahrenheit[1]) verstanden wird, und daß es sich nicht, wie früher behauptet wurde, um ein Privileg des Bauernstandes handelt. Vergl. fr. 2 § 1 Si quis in ius II, 5; fr. 2 § 7 De iure fisci XLIX, 14; fr. 1 § 5 de edendo II, 13; c. 8 Qui admitti VI, 9.

Die sub a—c bezeichneten Ausnahmen beruhen auf keinem werthvollen Gedanken und erklären sich m. E. aus dem Bestreben, der Verderblichkeit des falschen Satzes durch eine ziemlich planlose Ausnahmebildung Abbruch zu thun. Denn die Minderjährigen sind anderweitig genügend gegen Rechtsnachtheile geschützt und die Frauen und Soldaten bedürfen keines so weitreichenden Schutzes.

Anders ist es mit der Ausnahme der Rusticitas. Die Gegensätze der Volksklassen, welche den apices, den Feinheiten und Fallstricken des für die Meisterung des großen Verkehres erforderlichen Rechtssystems nicht gewachsen sind, und jener Volksklassen, welche in erster Linie Träger und Subjekte des Verkehrs sind, haben sich eher verschärft als vermindert[2]).

Es ist also ein begreifliches Postulat der minderbemittelten

---

1) „Neben rusticitas kommen auch die Ausdrücke: „mediocritas, inertia, simplicitas, ineptia, segnities, imperitia" als Nuancirungen desselben Hauptbegriffes vor. So wird die imperitia der Frau, wovon in l. 2 § 1 D. de inspic. ventre die Rede ist, an einer anderen Stelle (l. 1 § 15 eod.) geradezu rusticitas genannt" (Mühlenbruch S. 447).

2) „In der That wird jeder einsichtige Richter bestätigen können, daß die Rechtsverhältnisse der Armen sich bei ihrer Geltendmachung vor Gericht nur allzuhäufig in jener vernachlässigten hoffnungslosen Gestalt präsentiren wie der Körper des Proletarier bei der Aufnahme in öffentliche Heilanstalten" (A. Menger l. c. VII).

Volksklassen, welche faktisch dem großen Güterverkehr ferner stehen, nicht gelegentlich von seinem Räderwerke erfaßt und als Opfer ihrer Unerfahrenheit wirthschaftlich zermalmt zu werden. Freilich ist wohl Keiner so arm, daß er nicht doch auch an dem Gange jenes Räderwerkes, welches mit unserer Civilisation identisch ist, mitinteressirt wäre.

Sollte aber das Postulat Mengers je erfüllt werden, so wären folgende Beschränkungen stets festzuhalten:

1) Es kann nur die Unkenntniß rein positiven Rechtes dessen Anwendung ausschließen.

2) Das Mittel, diese Unkenntniß geltend zu machen, wäre die vom Formzwang möglichst zu befreiende Restitution.

3) Für die Regel ist diese Restitution auf jene Personen zu beschränken, bei denen die Unerfahrenheit in den Geschäften nach Beruf und Stand von vornherein anzunehmen ist.

4) Die Restitution wird nicht zum unverschuldeten Nachtheil Anderer ertheilt. Wenn also z. B. durch die Vernachlässigung der handelsrechtlichen Pflichten des Waarenempfanges wirklicher Schaden eingetreten ist, wenn z. B. der liefernde Kaufmann den Anspruch gegen seinen Vormann verloren hat, so soll keine Restitution eintreten.

Anhang.

§ 12. Der Rechtsirrthum in den vom unmittelbaren römischen Einfluß emanzipirten Rechten.

Wo immer dem falschen Satz die Autorität des geschriebenen Rechtes zur Seite steht, wie in den Ländern des gemeinen Rechtes, wird derselbe äußerlich und formell anerkannt, und der Richter salutirt ihm in den Gründen derselben Entscheidung, deren Tenor sich „ausnahmsweise" über ihn hinwegsetzt.

In den auf moderner Basis beruhenden Rechten tritt das richtige Prinzip bereits freier zu Tage.

Vom preußischen und österreichischen Recht möchte ich behaupten, daß seine allgemeinen Aussprüche (s. oben § 3) zwar das falsche Prinzip mit Worten aussprechen, daß aber das richtige gemeint und das falsche ihrem Geist und Wesen fremd ist. Diese Kodifikationen erklären nämlich den Rechtsirrthum für unentschuldbar, indem sie sich auf die gehörige Kundmachung und Zugänglichkeit der Gesetze berufen. Aber soweit der Satz gilt, gilt er auch von den nicht „gehörig kundgemachten" Sätzen, insbesondere den lokalen Observanzen[1]), und er will m. E. in Wahrheit nichts sagen, als daß derjenige, welcher sich der Anwendung eines Gesetzes entziehen will, sich nicht zu diesem Zwecke auf die Unkenntniß desselben berufen kann. Dies folgt theils aus der Stellung der betreffenden Vorschriften in der Lehre von den Rechtsquellen (nicht von dem Irrthum), theils daraus, daß beide in Rede stehenden Rechte in den wichtigsten Fällen, wo der Rechtsirrthum nicht zu dem Zwecke angerufen wird, um den Irrenden der Anwendung des verkannten Rechtssatzes zu entziehen, ausdrücklich die Berufung auf denselben zulassen. Es darf nämlich

1) nach österreichischem Recht der gute Glaube des Besitzers auf Rechtsirrthum gestützt werden: § 326 österreich. bürgerl. Ges.-B.: „Aus Irrthum in Thatsachen oder aus Unwissenheit der gesetzlichen Vorschriften kann man ein unrechtmäßiger[2]) (§ 316) und doch ein redlicher Besitzer sein."

---

1) Anders R.-G. XVIII, 55; Dernburg, Pr. Pr.-R. I § 20.

2) = „nicht titulirter" § 316: „Der Besitz einer Sache heißt rechtmäßig, wenn er auf einem gültigen Titel, d. i. auf einem zur Erwerbung tauglichen Rechtsgrund beruht. Im entgegengesetzten Falle heißt er unrechtmäßig." Das Gesetz enthält noch eine zweite, minder vage Definition

Das preußische Landrecht lehrt allerdings: „Die Unwissenheit der Gesetze entschuldigt den nicht, der seinen Besitztitel irrigerweise für gültig erachtet hat" (I, 7, § 12) und „Wer aber aus Unwissenheit der Gesetze in der Gültigkeit seines Besitztitels irrt, heißt ein unrechtfertiger Besitzer und wird, wo nicht besondere Ausnahmen gemacht sind, einem unredlichen Besitzer gleichgeachtet (§§ 232, 239, 240, 241)" (I, 7, § 14).

Diese Ausnahmen betreffen aber so wichtige Punkte wie das Recht zum Behalten der Zinsen, die Ersatzpflichten für Impensen und Deteriorationen. Und daß die Gesetzeskenntniß nicht eigentlich die bona fides, sondern nur die Annahme eines

---

des Titels in der Ersitzungslehre; § 1461: „Jeder Besitz, der sich auf einen solchen Titel gründet, welcher zur Uebernahme des Eigenthums, wenn solches dem Uebergeber gebührt hätte, hinlänglich gewesen wäre, ist rechtmäßig und zur Ersitzung hinreichend. Dergleichen sind z. B. das Vermächtniß, die Schenkung, das Darlehen, der Kauf und Verkauf, der Tausch, die Zahlung." Diese Definition ist unrichtig, weil Eigenthum auch ohne gültigen Titel übertragen werden kann, z. B. durch Uebergabe eines Legates auf Grund eines ungültigen Testaments.

Wenn die Sache in solchem Falle dem Testator und dessen Rechtsnachfolger nicht gehörte, so läge nach den Worten des Gesetzes doch mindestens ein Ersitzungstitel vor. Nicht nach dessen Willen, wie die im § 1461 angeführten Beispiele von Titeln beweisen. Und da für die ordentliche Ersitzung nach österreich. R. ein Putativtitel nicht ausreicht, so kann auch die Ersitzung auf Grund des vitiosen Testaments so wenig stattfinden wie auf Grund einer vitiosen Uebergabe. Ein Titel liegt auch nach österreich. R. wie nach gemeinem Recht (s. oben § 7 sub E und F) so lange nicht vor, als der Erbe mit seinem (persönlichen) Rückforderungsanspruch obsiegen würde. Auch nach österreich. R. ist die ratio des Erfordernisses des Titels für die Ersitzung der Schutz des bisherigen Besitzers gegen die Ersitzung, wie § 1462 deutlich anzeigt. Gleichwohl können wir die für das röm. R. behauptete Einschränkung dieses Erfordernisses auf die Ersitzung vom bisherigen Besitzer (als Eigenthümer) für das österreich. R. gegenüber dem allgemeinen Ausdruck der §§ 1460, 1461 nicht aufrecht halten. Ueber alle diese Punkte vgl. Randa, Eigenthumsrecht, 2. Aufl., § 11, insbes. S. 297 fg. und die von ihm Citirten.

Putativtitels (wie im römischen Recht) stört, muß derjenige annehmen, der mit der herrschenden Meinung [1]) die dreißigjährige Acquisitivverjährung zu Gunsten des unrechtfertigen Besitzers anerkennt (I, 9, §§ 625, 628). Und so zeugt die ziemlich willkürliche Mittelstellung des unrechtfertigen Besitzers von dem Widerstreben, mit welchem sich der Gesetzgeber der Autorität des alten: In usucapionibus iuris error non prodest theilweise fügte, auch wohl nach dem damaligen Stande der Forschung fügen mußte.

Zunächst wird allerdings nur ein auch von uns anerkannter Satz ausgesprochen, daß sich ein Putativtitel auf Rechtsirrthum nicht stützen kann. Da aber zwischen Redlichkeit und Vorhandensein eines Putativtitels nicht unterschieden wird, da ferner der Titel allgemein (nicht nur dem Vorgänger im Besitz gegenüber) als Usucapionserforderniß erscheint, so erscheint doch die falsche Lehre, daß der Rechtsirrthum die Redlichkeit vernichtet, äußerlich acceptirt, jedoch nur in der Abschwächung, daß derselbe den Besitz doch nicht zu einem unredlichen macht und mit der charakteristischen Inkonsequenz, daß doch wieder zur titellosen Ersitzung (§§ 625, 628 cit.) eine auf Rechtsirrthum sich gründende Redlichkeit ausreicht. Im Ganzen zeigt also auch diese Lehre, daß die Idee der prinzipiellen Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums eher als ein gelerntes Dogma in den Köpfen der Redaktoren spukte, als daß sie ihrem wahren Willen entsprach.

Ferner ergiebt sich dieß für das österreichische und preußische Recht daraus, daß

3) die Condictio indebiti auf Rechtsirrthum gestützt werden kann, was für das preußische Recht heutzutage [2]) allge-

---

1) Dernburg Pr. Pr.-R. I § 177.

2) A. A. Savigny l. c. S. 468 fg. Vgl. Dernburg Pr. Pr.-R. II § 289 Z. 3.

mein anerkannt (s. L.R., I, 16, § 178), im österreichischen Gesetzbuch ausdrücklich ausgesprochen ist (§ 1431 a. bgl. G.B.)[1]).

Das sächsische bürgerliche G.B. stellt seinen an sich recht harmlos klingenden § 97 (s. oben § 6) recht unglücklich in die Lehre vom Irrthum bei Rechtsgeschäften. Es soll aber doch wohl nicht mehr gesagt werden, als daß die gesetzlichen Folgen der Rechtsgeschäfte auch gegen den eintreten, welcher sie nicht kannte, wie dies der richtige Satz verlangt. Die Bestimmung ist deswegen an dieser Stelle überflüssig und störend, weil durch sie kein Gegensatz zum Thatirrthum konstatirt wird, welcher ja auch in dem Falle nicht berücksichtigt wird, wenn er ein Motivirrthum ist. In der Lehre von der Cond. indebiti bestimmt § 1521 ausdrücklich die Gleichstellung von Rechts- und Thatirrthum.

Wir gelangen nunmehr zur Gruppe des französischen Rechts. Zachariae v. Lingenthal sagt[2]): „Aus dem, was §§ 26, 27 über die verbindende Kraft der Gesetze gesagt worden ist, kann gefolgert werden, daß sich Niemand, um einen Rechtsnachtheil von sich abzuwenden, auf seine Unbekanntschaft mit den Gesetzen berufen könne.“ Der aufmerksame Leser wird in diesem Fehlschluß sofort die bekannte Erbsünde der wissenschaftlichen Behandlung des Rechtsirrthums und den Versuch erkennen, das falsche Prinzip in ein Recht hineinzutragen, welchem dasselbe völlig fremd ist. So sehr aber widerspricht dieses Prinzip dem Geist des französischen Rechts, daß Zachariae selbst zu dem Resultat kommt: daß man „den Irrthum, welcher das Recht und den Irrthum, welcher eine Thatsache betrifft, in der Regel nach denselben Grundsätzen zu behandeln habe“.

---

1) Allerdings büßt dieser Umstand an Tragweite ein, wenn es richtig ist, daß die Condictio überhaupt auf unentschuldbaren Irrthum gestützt werden kann.

2) Dernburg § 177.

Dies wird nun in einzelnen Anwendungsfällen durchgeführt. Danach stehen Rechts- und Thatirrthum in folgenden Fällen gleich:

1) Zur Beurtheilung des Erfordernisses der Redlichkeit des Besitzes

a) als Bedingung des Fruchterwerbs (Zachariae I, S. 565, Art. 549, 550 C. N.);

b) als Grundlage der Ersitzung (Zachariae I, S. 624 Anm. 16, Art. 2269 C. N.).

2) Zur Beurtheilung der Frage, ob trotz Irrthum ein Vertrag zu Stande gekommen ist (Zachariae II, S. 452 Anm. 12, Art. 1109, 1110 C. N.)[1]);

3) sofern der Irrthum zur Begründung der Cond. indeb. dient (Zachariae II, S. 732, Art. 1376, 1377 § 1 C. N.);

4) für die Frage, ob ein matrimonium putativum anzunehmen ist (sehr bestritten, Zachariae III, 51 et cit. Art. 201, 202 C. N.).

Dagegen ist nach ausdrücklicher Bestimmung (Art. 2052 al. 2 C. N.) ein Vergleich wegen Rechtsirrthums nicht anfechtbar.

Diese auch in das italienische (Art. 1772) und spanische (Art. 1817) Civilrecht übergegangene Ausnahme ist prinzipiell ganz verwerflich. Gerade dann, wenn sich die Parteien in einem wesentlichen entschuldbaren Rechtsirrthum befanden, wenn ihnen z. B. die Fehlerhaftigkeit der Form eines Testaments beim Vergleich über das Erbrecht unbekannt war

---

1) Doch ist gegenüber dieser herrschenden Lehre, deren Tragweite und wahrer Sinn ohne nähere Untersuchung nicht festgestellt werden kann, festzuhalten, daß ein Irrthum über die Rechtswirkungen eines Vertrags nicht zur Anfechtung desselben dienen kann. Ueber eine scheinbare Ausnahme siehe die im Text folgende Erörterung einer Bestimmung des italienischen Rechts.

und sie die Formrichtigkeit für zweifellos hielten, ist es eine flagrante Ungerechtigkeit, die Anfechtung zu verbieten. Aber in solchen Fällen wird wohl auch der Richter an die gesetzliche Vorschrift, welche ja doch nur dispositiven Charakter hat, nicht gebunden sein.

In der statistisch weit größeren Anzahl von Fällen wird aber die prinzipiell verwerfliche, gesetzliche Regel zutreffen, nämlich dann, wenn die Rechtsfrage wirklich zweifelhaft ist. Denn dann ist anzunehmen, daß die Parteien die gewillkürte Entscheidung, welche sie ihrem Rechtsverhältnisse im Vergleich gaben, der zweifelvollen gesetzlichen Entscheidung substituiren wollen. Zumal mit Rücksicht auf ihren dispositiven Charakter ändert also diese Bestimmung nichts an dem Resultate, daß der Gedanke der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums der französischen Gesetzgebung und dem sich ihr in den erwähnten Punkten anschließenden ital. und span. R. fremd ist.

Einer besonderen Erwähnung bedarf nur noch der oben cit. sonderbare Artikel 1109 des ital. Codice civile. Derselbe soll offenbar eine Ausnahme gegenüber der sub 2 erwähnten herrschenden Lehre des franz. R. begründen, und setzt fest, daß ein unterlaufender Rechtsirrthum ausnahmsweise dann einen Vertrag ungiltig mache, wenn derselbe das einzige oder hauptsächliche Motiv desselben sei. Das heißt aber nichts Anderes, als, wenn in Folge des Rechtsirrthums die Wirkungen des Vertrages wesentlich falsch vorgestellt werden, ist derselbe nichtig. Dieß ist aber nur scheinbar eine Ausnahme von dem Satz, daß der Irrthum über das auf den Fall anzuwendende Recht irrelevant ist.

Denn es liegt in solchen übrigens jedenfalls sehr seltenen Fällen kein Rechtsirrthum, kein Irrthum über Rechtssätze vor, sondern nur der falsche Gebrauch gesetzlicher oder juristischer Ausdrücke.

Der abgegebenen Erklärung fehlt der Wille, der sie erfüllen muß, damit sie rechtswirksam sei, ein Vertrag kommt daher nicht zu Stande und der Irrthum betrifft daher auch nicht die rechtlichen Folgen des Vertrages, sondern die objektive Bedeutung der abgegebenen Erklärung. Er ist daher kein Rechtsirrthum, geschweige denn ein Irrthum über das anzuwendende Recht. Die Bestimmung des Art. 1109 cit. ist daher zwar ihrem wahren Sinne nach richtig, jedoch überflüssig und falsch formulirt, und steht außer jedem Zusammenhang mit der Lehre vom Rechtsirrthum.

Aus dem S. 158, 159 Angeführten dürfte sich auch für das angloamerikanische Recht ohne nähere Untersuchung, zu welcher uns leider das Material fehlt, das ergeben, was für den Zweck dieser Abhandlung allein relevant ist, daß auch dort die unablässige Arbeit der Praxis das richtige Prinzip aus der die Doktrin beherrschenden falschen Lehre von der Sonderstellung des Rechtsirrthums herauszuheben bemüht, auch wohl schon in einzelnen Fällen zur vollen Klarheit durchgedrungen ist.

Der Schritt zur völligen Beseitigung der alten Lehre ist also nirgend mehr ein weiter und wird vom heutigen und wohl auch von jedem gesunden Rechtsbewußtsein unabweislich gefordert.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 1216.

III.

Die Vertheilung der Dosfrüchte nach Auflösung der Ehe.

Von Prof. Dr. **Ph. Lotmar** in Bern.

I.

Von den Früchten, welche er während der Ehe aus der Dos gewonnen hat, kann der Mann dem Rückempfänger der Dos, sagen wir der Frau, einen Theil nebst der Dos herausgeben müssen [1]): — interdum vero et reddet (sc. maritus fructus perceptos), si plus percepit quam eum retinere oportet. L. 7 § 15 D. 24, 3. Hierüber ist man allgemein einverstanden [2]).

1) Dieser Satz gilt unbeschadet der Regel in L. 7 § 1 D. 23, 3: si fructus constante matrimonio percepti sunt, dotis non erunt. Aber seiner Geltung im einzelnen Fall kann durch ein Paktum vorgebeugt werden. Der obige Satz wird zwar noch nicht durch L. 7 § 15 cit. völlig außer Zweifel gesetzt, weil nämlich bei percepit nicht angegeben ist, daß die Perzeption während der Ehe erfolgt sei. Allein eine Verbindlichkeit zur Restitution von während der Ehe perzipirten Dosfrüchten wird bezeugt durch die Entscheidungen in L. 7 pr. § 1. § 12 D. 24, 3 und die Sentenz von Paul. r. s. II, 22, 1.

2) Nur daß Bechmann, Dotalrecht II, S. 192, 194, 195, 200, die besagte Restitutionsverbindlichkeit bloß für die Ehe gelten läßt, welche „nicht einmal ein volles Jahr gedauert hat". Seine Meinung — „alle Ernten, welche der Mann vom ersten bis zum letzten Tage der Ehe be-

Ebenso auch darüber, daß dem Manne von den Früchten, welche nach der Ehe gewonnen worden sind, seitens des Rückempfängers der Dos unter Umständen ein Theil zu belassen oder zu gewähren ist[3]): Interdum marito de fructibus a muliere cavetur et nihil retinet, si fructibus stantibus fundum mulier recipiet. L. 7 § 15 cit.

Also die Thatsache, daß der Mann in der Ehe Früchte der Dos perzipirt hat, sichert ihm nicht das Behalten aller dieser von ihm perzipirten Früchte, wie die Thatsache, daß er Früchte nicht mehr oder nicht mehr als Ehemann perzipirt hat, ihm den Anspruch auf solche Früchte nicht abschneidet. Daß nicht die Perzeption entscheidend ist, findet man ausgesprochen in den Worten: — fructus toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus. L. 7 § 9 D. 24, 3[4]).

---

zieht, sind lucrum mariti" — wird durch L. 5 und L. 6 D. 24. 3 nicht begründet. Dawider schon Czyhlarz, Dotalrecht, S. 242 Anm. 15.

3) Demgemäß L. 7 § 5 D. 24, 3: Ob donationes, item ob res amotas ex his fructibus qui post divortium percepti sunt, compensationes fieri possunt. Und wohl auch L. 7 § 2 eod. — pro modo temporis omnium mensum, quo dotale praedium fuit, ex mercede quae debebitur portionem retinebit — da hier an nach der Ehe fällig werdenden und eingehenden Pachtzins gedacht ist. — Auch dieser (zweite) obige Satz gilt unbeschadet der Regel in C. un. § 7 i. f. C. 5, 13: — fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore dissoluti matrimonii praestandis. — Aber der Geltung auch dieses Satzes kann durch Paktum, zum Vortheil der Frau, vorgebeugt werden: Si inter virum et uxorem convenit, ut extremi anni matrimonii fructus nondum percepti mulieris lucro fiant, huiusmodi pactum valet. L. 31 D. 23, 4.

4) „Jenes Wort selbst sagt aber nur, daß der Entscheid über die Früchte sich nicht nach dem zufälligen Momente des Anfalls, sondern nach ihrer ganzen Umtriebszeit richtet": Brinz, Pandekten III S. 750. — Anders im Verhältniß des Fideikommissars zum Erben: L. 42 D. 22, 1 — fructus qui post adquisitum ex causa fideicommissi dominium ex terra percipiuntur, ad fideicommissarium pertinere, licet maior pars anni ante

Da es hiernach geschehen kann, daß nach Trennung einer dotirten Ehe beide Parteien auf einen gewissen Dosertrag Anspruch machen können: — fructus ... debere utrique parti adsignari: C. un. § 9[c] C. 5, 13 — so reden die Quellen nicht bloß von einer die Früchte betreffenden Rechnung — pecunia messium in computationem veniet: L. 7 § 3 D. 24, 3 — oder Abrechnung — illos fructus ... non debere in contributionem venire: L. 7 § 4 eod. — sondern auch von einer Theilung der Früchte — fructus dividi: L. 7 § 1 eod. — dividantur fructus: L. 78 § 2 D. 23, 3, und von Theilen der Früchte — antequam portiones fructuum fiant: L. 7 pr. D. 24, 3 [5]).

Findet eine Theilung der Früchte nach Auflösung der

---

diem fideicommissi cedentem praeterisse dicatur — worauf bei dieser Stelle schon Accursius aufmerksam gemacht hat.

5) Den Ausdruck „Theilung, divisio" erklärt Petrazycki, Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten, S. 34 für „ungenau", S. 218 für „fehlerhaft". Die Theilung der Dotalfrüchte sei „keine wirkliche Theilung im rechtlichen Sinne. Zwischen den Eheleuten besteht keine communio betreffs der Früchte; es giebt kein gemeinsames Vermögen, welches zu theilen wäre". Es ist richtig, daß die Früchte nur einer Person ursprünglich zufallen. Dies hindert aber nicht, daß dieser Einem zugekommene Erwerb unter zwei Personen getheilt werde. Da überdies zwei römische Juristen von dividere fructus reden und einer von portiones fructuum, so nehmen wir einstweilen an, es liege an der modernen Theorie, falls eine Ungenauigkeit obwaltet. Auch in L. 58 pr. D. 7, 1 ist von „dividi" einer pensio die Rede, welche rechtlich ohne Zweifel zunächst einer einzigen Person zukommt. — Bei diesem Anlaß ist daran zu erinnern, daß die Römer die Ausdrücke „dividere" und „divisio" keineswegs nur, oder auch bloß vorwiegend in dem mathematischen Sinn gebrauchen, den unsere Wörter „dividiren" und „Division" haben, nämlich im Sinn von Theilung in gleiche Theile. Man denke nur an die iudicia divisoria und an die res quae dividi non possunt. Demgemäß dürfen wir im Folgenden von Dividiren, Division, Dividend und Divisor reden ohne daß Gleichheit der Theile in Frage steht.

Ehe statt, so muß es einen Maßstab geben, nach welchem sowohl das zur Vertheilung zu bringende Fruchtquantum als die Größe des Antheils des einen Gatten an diesem Quantum bestimmt werden — die Größe des anderen Antheils ergiebt sich dann von selbst.

Auf ein solches außerhalb der Früchte bestehendes zunächst den Antheil eines Gatten bestimmendes Maß oder Verhältniß weisen schon die Ausdrücke „pro modo" (L. 7 § 2 D. 24, 3), „pro rata portione" (C. un. § 9[c] C. 5, 13), „pro portione" (L. 7 § 12 und § 15; L. 11; L. 31 § 4 D. 24, 3) und „pro rata" (L. 78 § 2 D. 23, 3; Paul. r. s. II 22, 1) hin.

Man ist aber weiter allgemein einverstanden sowohl über das, was maßgebend ist oder das Maß abgiebt bei der Fruchttheilung, als über das, was die Größe der Antheile bestimmt. Es ist die Zeit und ihre Theile, gewöhnlich [6]) das Jahr. Die Fruchttheilung entspricht einer Zeittheilung, gewöhnlich einer Jahrestheilung, es giebt wie eine Theilung der Früchte auch eine Theilung des Jahres: de divisione anni eius, quo divortium factum est, quaeritur (L. 5 D. 24, 3), eine Berechnung der Zeit und des Jahres: maritus sibi computet tempus (l. c.), tempus... computamus (L. 7 § 8 D. 24, 3), computandus annus est (L. 6 eod.).

Daß ferner diese Zeit-, nämlich Jahrestheilung und -be-

6) Dies ist so sehr das Gewöhnliche, daß es gestattet ist, im Folgenden nur auf diesen gewöhnlichen Fall Rücksicht zu nehmen. Der Grund der Gewöhnlichkeit — die einjährige Fruchtperiode — kommt im folgenden Abschnitt zur Sprache. Wie sehr die Theilung nach dem Jahr die Regel bildet, zeigt schlagend L. 7 § 12 D. 24, 3, wo einfach vom Dasein der Frucht oder des Fruchtbegriffs die Theilung nach dem Jahr abhängig gemacht ist: Si fundum viro uxor in dotem dederit isque inde arbores deciderit, si hae fructus intelleguntur, pro portione anni debent restitui —.

rechnung um der Fruchttheilung willen angestellt wird, ergiebt sich aus den folgenden Stellen. Dieselben zeigen nicht bloß einen Zusammenhang zwischen Zeit-, nämlich Jahresablauf und Fruchttheilung, indem diese jenem korrespondirt, sondern mehrere überdies die Proportion zwischen Jahr und Fruchtertrag als den Ganzen und zwischen Jahresportion und Fruchtertragsportion als den Theilen. Wir finden nicht bloß einen Zusammenhang zwischen Jahr und Frucht — wie in L. 7 § 16 D. 24, 3: — fructum totum anni retinet — L. 8 § 1 eod.: — totius anni unus fructus est — L. 31 D. 23, 4: — extremi anni matrimonii fructus — C. un. § 9c C. 5, 13: — novissimi anni fructus, — sondern sogar die Zeit, nämlich das Jahr und seinen Theil d. h. was von dem Jahr abgelaufen ist, als maßgebend für das zu bestimmende Fruchtquantum:

L. 78 § 2 D. 23, 3: pro rata temporis eius anni dividantur fructus.

L. 31 § 4 D. 24, 3: habita ratione fructuum pro portione anni.

Paul. r. s. II, 22, 1: Fructus — lucro mariti cedunt etiam pro rata anni —.

L. 11 D. 24, 3: — fructus pro portione anni —.

L. 7 § 12 eod.: — pro portione anni debent restitui.

C. un. § 9c C. 5, 13: — novissimi anni — fructus pro rata temporis portione debere utrique parti adsignari —.

L. 7 § 2 D. 24, 3: — pro modo temporis omnium mensum — portionem retinebit.

L. 7 pr. eod.: — non putat ei undecim dumtaxat mensum fructus restitui —.

L. 7 § 1 eod.: fructus dividi — habita ratione praecedentis temporis — und si — quattuor mensibus matrimonium steterit — ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.

Man sieht in diesen neun Stellen deutlich die Beziehung der Zeit, insbesondere des Jahres und seiner Abschnitte zum Fruchtertrag, indem dem ganzen Jahr der ganze Fruchtertrag, dem Jahrestheil eine gleiche Fruchtquote entspricht.

Endlich ist man auch noch darüber einverstanden, was für ein Jahr bei der Proportion maßgebend ist. Es ist dies das sog. Dotaljahr. Dasselbe ist nicht ein Kalenderjahr, sondern ein Zeitjahr, welches mit dem Tage beginnt, an dem der Ehemann die Dos als solche erhält — was nie vor der Eheschließung und möglicherweise nach derselben der Fall ist [7]) — und nach Ablauf von 365 Tagen zu Ende geht. Dies ergiebt sich aus L. 6 D. 24, 3 sowie aus L. 5 eod. Die erstere Stelle sagt:

> Si ante nuptias fundus traditus est, ex die nuptiarum ad eundem diem sequentis anni computandus annus est. Idem in ceteris annis servatur, donec divortium fiat.

Würde die Auflösung der Ehe und damit die Entstehung

---

7) Dotaljahr und Ehejahr fallen daher nicht nothwendig zusammen. Daß es aber gewöhnlich geschah, m. a. W. daß der Mann gewöhnlich bei Beginn der Ehe die Dos empfing oder schon hatte, geht daraus hervor, daß in mehreren Stellen statt der Dotalität die Ehe oder Eheschließung genannt ist. So in L. 31 D. 23, 4: — ut extremi anni matrimonii fructus —; C. un. § 9b C. 5, 13: — omnia quae fructuum nomine continentur ad lucrum mariti pertineant pro tempore matrimonii —; L. 31 D. 24, 3: — non habita ratione fructuum pro portione anni, quo nupta non fuisset —; L. 7 § 4 eod.: — fructus, quos mulier percepit antequam nuberet —; L. 7 § 1 eod.: — habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit (statt „quo dotale praedium fuit", wie es in L. 7 § 2 eod. heißt); und et quattuor mensibus matrimonium steterit (statt „fundus dotalis fuerit"). Eine Unterscheidung der Ehezeit von der Dotalzeit, ein Nichtzusammenfallen derselben enthält L. 7 pr. D. 24, 3: — cum plurimis annis in matrimonio fuit (sc. mulier), necesse est primi anni (Ehejahr) computari temporis quod sit ante datum praedium (sc. zur Dos).

der Verbindlichkeit zur Dosrückgabe stets mit dem Ende des Dotaljahres zusammenfallen, so wäre kein Anlaß zur Fruchtberechnung und Fruchttheilung: weder würde der Mann etwas Perzipirtes herausgeben müssen, noch könnte er einen Anspruch auf nicht Perzipirtes erheben. Nur weil die Auflösung der Ehe zufällig und selten mit dem Ende eines Dotaljahres zusammenfällt, wird eine Fruchtberechnung nothwendig, die die eingangs (S. 225 u. 226) erwähnten beiden Möglichkeiten mit sich bringt. Daß dem wirklich so ist, ergiebt sich aus folgenden beiden Thatsachen.

Einmal aus der vorhin angegebenen Proportion. Wenn, wie feststeht, die Frucht nach der Zeit und zwar nach dem Jahr vertheilt wird, indem das Ganze der Frucht dem Ganzen eines Jahres entspricht, so kann von einer Fruchttheilung da nicht die Rede sein, wo keine Jahrestheilung stattfindet, m. a. W. wo kein Jahresbruchtheil, da kann auch kein Fruchtbruchtheil gegeben sein. Schließt also die Ehe mit einem Dotaljahr, so behält der Mann, was er als Ehemann bisher perzipirt hat, einerlei ob er die Muttersache kurz vor oder kurz nach der Ernte erhalten hat, und einerlei ob die Auflösung der Ehe kurz vor oder kurz nach der Ernte stattgefunden hat. Demgemäß hat auch die andere für den Begriff des Dotaljahres maßgebende Stelle, L. 5 cit., den gewöhnlichen Fall vor Augen, daß das Ende der Ehe nicht mit dem des Dotaljahres zusammenfällt, da nur in diesem gewöhnlichen Fall von einer divisio anni die Rede sein kann:

> De divisione anni, quo divortium factum est, quaeritur, ex die matrimonii an ex die traditi marito fundi maritus sibi computet tempus. Et utique in fructibus a viro retinendis neque dies dotis constitutae neque nuptiarum observabitur, sed quo primum dotale praedium constitutum est, i. e. tradita possessione.

Die zweite Thatsache ist diese. Wo immer in den Quellen eine Fruchtberechnung oder Fruchttheilung angestellt oder erwähnt wird, handelt es sich um einen Jahresbruchtheil, indem nämlich niemals die ganzen Dotaljahre in Frage kommen, die etwa abgelaufen sind, sondern nur das letzte oder laufende Dotaljahr. Kein anderes als dieses ist natürlich dasjenige, in welchem die Auflösung der Ehe eintritt, weil nach diesem Ereigniß kein neues Dotaljahr kommen kann. Da dieser Eintritt aller Wahrscheinlichkeit nach nicht mit dem Ende eines Dotaljahres zusammenfällt — dem Gegentheil stehen 364 andere Möglichkeiten gegenüber — so hat man das in den Quellen vorkommende Jahr, in welchem die Scheidung stattfindet, als ein laufendes (nicht abgelaufenes) Dotaljahr anzusehen, also daß der divisio anni eine divisio fructuum korrespondiren kann. Die betreffenden Quellenstellen lauten nämlich:

Fructus fundi dotalis constante matrimonio percepti lucro mariti cedunt, etiam pro rata anni eius, quo divortium factum est: Paul. r. s. II, 22, 1.

Sed et novissimi anni, in quo matrimonium solvitur, fructus pro rata temporis portione —: C. un. § 9° C. 5, 13.

— convenit, ut extremi anni matrimonii fructus nondum percepti mulieris lucro fiant —: L. 31 D. 23, 4.

— divortio autem facto .. videamus .... an pro rata temporis eius anni dividantur fructus —: L. 78 § 2 D. 23, 3.

De divisione anni eius quo divortium factum est, quaeritur .... et utique in fructibus a viro retinendis —: L. 5 D. 24, 3.

— retinere virum et vindemiae fructus et eiusdem

anni quo divortium factum est, quartam partem mercedis —: L. 7 § 1 D. 24, 3.

— et fructus pro portione anni, quo divortium factum est —: L. 11 D. 24, 3.

Si fundum dotalem recepisset mulier non habita ratione fructuum pro portione anni, quo nupta non fuisset —: L. 31 § 4 D. 24, 3.

Item si messes eius anni, quo divortium factum est, colonum ex forma locationis sequantur, ante vindemiam soluto matrimonio nihilominus —: L. 7 § 3 D. 24, 3.

In allen diesen Stellen findet die Fruchtberechnung statt nur für ein Jahr, wie wir sahen, ein Dotaljahr und zwar dasjenige, in welches die Auflösung der Ehe fällt[8]), oder, wie es in Anbetracht der Möglichkeit, daß ihm mehrere (ganze) vorausgegangen sind, auch heißt: das letzte Dotaljahr (novissimus oder extremus annus), während ganzer Jahre dabei nicht gedacht wird[9]). Das Dotaljahr, in welches die Auflösung der Ehe fällt, kann zugleich das erste, also einzige sein. Dieser Fall liegt vor in L. 7 pr., § 9, § 2 und § 1 D. 24, 3. Die Fruchtberechnung ist hier dieselbe, wie wenn dem unvollendeten Dotaljahr mehrere vollendete vorangegangen sind. Denn in allen Fällen der Fruchtberechnung ist maßgebend für die

8) die fast nie mit dem Ende des Dotaljahres zusammenfällt.

9) In L. 7 pr. D. 24, 3 haben wir den Fall mehrjähriger Ehe und Dotalität und ein Zurückgreifen auf das erste Jahr: — Ita et, si impensarum a muliere factarum ratio habeatur, cum plurimis annis in matrimonio fuit, necesse est primi anni computari temporis quod sit ante datum praedium. Man sieht aber auch, daß es sich hier nicht um Fruchtberechnung, sondern um Impensenberechnung handelt, und daß nicht Dotalzeit, sondern gerade vordotale Zeit veranschlagt wird. Diese Stelle ist also weit davon entfernt, die im Text verneinte Fruchtberechnung für die ganzen Jahre der Dotalität zu belegen.

Fruchtquote eine Jahresquote, eine Quote des Dotaljahres: pro modo temporis omnium mensum, quo dotale praedium fuit — L. 7 § 2 D. 24, 3.

II.

Nach dem bisher Vorgetragenen ist man in der Lehre von der Vertheilung der Dosfrüchte nach aufgelöster Ehe einverstanden über das, was den Divisor oder den Theilungsmaßstab, und über das, was den Dividenden oder das Theilungsobjekt bildet. Denn als Divisor erkennt man an die Zeit, die Dotalzeit, und als Dividenden die Früchte. Weiter herrscht sogar noch Einverständniß über die Größe des Divisors, denn diese beträgt anerkanntermaßen den abgelaufenen Theil des unvollendeten Dotaljahres, so daß der Dividend mit $^1/_2$ oder $^1/_3$ oder $^1/_4$ u. s. w. zu theilen (will heißen: zu halbiren u. s. w.) ist, wenn das unvollendete Dotaljahr $^1/_2$ oder $^1/_3$ oder $^1/_4$ u. s. w. beträgt.

Weiter reicht das Einverständniß nicht. Vielmehr ist der Dividend nach Quantum und Datum bestritten. Zunächst das Quantum, während vom Datum im folgenden Abschnitt (III) gehandelt werden wird. Die Größe des Divisors ist allgemein anerkannt: die besagte Quote des Dotaljahres; nicht so die Größe des Dividenden. Ist sie ein Jahresertrag, oder Mehr? — das ist die Streitfrage.

Von vornherein — nachdem man das Jahr, das Dotaljahr als für die Fruchttheilung maßgebend, den Theil des Jahres als den Divisor erkannt hat — sollte man nicht anders erwarten, als daß der Dividend seinem Umfang nach eine Beziehung zum Maßstab habe. Ist der Maßstab Zeit oder die Zeit, so kann er sich nur an das anlegen lassen, was

selbst Zeit ist oder in der Zeit zu Stande kommt[10]). Das ist nun bei den Früchten der Fall, ansonst sie gegenüber der Zeit inkommensurabel sein würden. Früchte werden in der Zeit, in kürzerer oder längerer gewonnen, sie brauchen Zeit zur Reife, möglicherweise auch für ihre menschliche Vorbereitung durch Arbeit[11]). Daraus daß ein Fruchtertrag einer gewissen Zeit entsprechen kann, erklärt sich die Möglichkeit, den Frucht-

---

10) Daher kann man die Größe eines Raumes (z. B. einer Fläche, oder einer Linie d. i. der Entfernung zweier Punkte) oder den Tauschwerth einer Waare nach der Zeit nur messen, wenn man die Zeit mißt, welche auf die Bewegung d. i. die Bewältigung oder Zurücklegung des Raumes (z. B. Tagwerk, Wegstunde, Tagreise) bezw. auf die Herstellung der Waare (auch eine Bewegung oder Bewältigung) verwandt worden ist.

11) Den natürlichen Früchten steht fast gleich der Pachtzins: L. 7 § 1, § 2, § 3, § 8 D. 24, 3, da er ja die natürlichen Früchte vertritt oder entgilt. Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum (L. 29 D. 5, 3) heißt es in anderem Zusammenhang. Dasselbe kann vom Miethzins nicht gesagt werden, als welcher den Gebrauch, nicht den Fruchtbezug der Miethsache zu vergelten bestimmt ist. Wenn gleichwohl L. 7 § 11 D. 24, 3 von den Miethzinsen das nämliche gelten läßt wie von den Feldfrüchten, so meint sie nicht bloß, daß auch jene der Theilung unterliegen (Bechmann, Dotalrecht, II S. 194 Anm. 1 und Czyhlarz, Dotalrecht, S. 247 Anm. 6), sondern daß dieselben für die Miethzeit, welche in die Dotalzeit fällt, dem Manne, im Uebrigen der Frau zuzutheilen seien, wie die Feldfrüchte nach Maßgabe der Dotalzeit repartirt werden. Was dagegen nicht Frucht ist, unterliegt auch nicht der Fruchttheilung: L. 7 § 12 eod. Die mineralischen Produkte können Früchte sein und daher dem Manne zufallen: L. 7 § 13, § 14. L. 8 pr. eod. Wenn es aber bei ihnen nicht einen dem Umlauf der Jahre oder anderer Perioden entsprechenden Umtrieb der Muttersache giebt, und sie das unmittelbare Ergebniß allein der auf ihre Gewinnung verwandten Arbeit sind, so werden sie wohl nicht in die Fruchttheilung einbezogen, indem vielmehr die am Ende der Ehe perzipirten ganz dem Manne bleiben, und er auf die nachher perzipirten keinen Anspruch hat. Für diesen Analogieschluß spricht L. 18 pr. D. 23, 5 insofern, als die Entscheidung „Labeo marmor viri esse ait" der Möglichkeit der Theilung gar nicht gedenkt; die gleiche Richterwähnung bei Ulpian in L. 7 § 13 cit., nur spricht dort der Jurist auch die Fruchteigenschaft dem Marmor ab. Hierüber Czyhlarz, Dotalrecht, S. 238 Anm. 7.

ertrag nach der Zeit zu bemessen. Da ferner der Fruchtertrag einer gewissen Zeit entsprechen kann, so kann er auch einem Jahre entsprechen; man nennt ihn dann einen Jahresertrag. Jahresertrag ist der Fruchtbetrag, zu dessen Gewinnung ein Jahr verfließen mußte. „Mußte" nämlich nach der Natur der Frucht, oder der Muttersache gemäß den Regeln der Land- oder der Forstwirthschaft [12]), des Pacht- oder des Kreditwesens. Das für den Jahresertrag erforderliche Jahr heißt Fruchtjahr. Dieses Fruchtjahr fällt (wie das Dotaljahr) nicht nothwendig mit dem Kalenderjahr zusammen. Ebensowenig fällt es nothwendig mit dem Dotaljahr zusammen. Diese beiden Jahreskreise können einander schneiden. Das Fruchtjahr ist insofern minder beweglich denn das Dotaljahr, als bei den natürlichen Früchten die Natur und danach die Land- und die Forstwirth-

12) Auf die Unterschiede in der Agrikultur, welche mit der Zweifelder- und der Dreifelderwirtschaft zusammenhängen — Unterschiede, die für die republikanische Zeit auseinandergesetzt werden von Voigt im Handbuch der klassischen Alterthumswissenschaft, IV (2. Aufl.) S. 297—299, 365, 366 — wird bei der Vertheilung der Dosfrüchte von den klassischen Juristen keine Rücksicht genommen. Es kann dies mehrere Gründe haben, vielleicht den folgenden. Unter Voraussetzung der Zwei- bezw. Dreifelderwirthschaft konnten sie die zwei, bezw. die drei Felder als eines, als ein Landgut, ansehen und gelangten dann dazu, trotz halb-, resp. ganzjähriger Brache und der Verschiedenheit der Fruchtperioden für jedes Jahr eine Ernte, also eine Jahresernte anzunehmen, die nur bei der Zweifelderwirthschaft bloß von einem Theil des supponirten ganzen Feldes (Landgutes) herrührte, bei der Dreifelderwirthschaft bloß von zwei Theilen und hier überdies aus zweierlei Früchten bestand. Dagegen die Anlegung des Dotaljahres als Maßstabes für die Vertheilung eines Jahresertrages konnte aufrecht erhalten werden. Denn wenn man den Blick aufs Ganze (z. B. die zwei Felder zusammen) richtet, ist es gleichgültig für die Annahme eines Jahresertrages, daß die Ernte dieses Stückes (Feldes) eine anderthalbjährige Vorbereitung (einschließlich der Halbjahresbrache) gehabt hat: jahraus, jahrein ergiebt die Bebauung des betreffenden Feldkomplexes (Landgutes) eine Ernte, welcher eine einjährige Arbeit, nicht mehr, nicht weniger vorausging, vorausgehen mußte, somit eine Jahresernte.

schaftslehre dem Anfang und dem Ende einen engeren Spielraum gelassen hat[13]).

Der Maßstab, mit dem die Dosfrüchte gemessen werden, ist, wie wir gesehen haben, nicht bloß überhaupt die Zeit, sondern gewöhnlich speziell ein Jahr, das Dotaljahr; der Bruchtheil des letzten giebt den Divisor ab. Man möchte daher von vornherein erwarten, daß der Umfang des Dividenden diesem speziellen Maßstab entsprechen, daß also ein Jahresertrag des betreffenden Doskapitals oder der betreffenden Dosmuttersache den Dividenden abgeben werde. Nur dann haben wir Harmonie zwischen Konsumtion und Produktion: denn der Konsumtion wegen wird dem Manne die Dos, werden ihm die Dosfrüchte zugetheilt. So muß man von vornherein erwarten, daß die Frucht, welche für eine einjährige Konsumtionszeit, das Dotaljahr, zugetheilt wird, das Ergebniß auch einer einjährigen Produktionszeit sei.

Wir wissen (S. 232 u. 233), daß bei der Fruchttheilung die vor Beginn des letzten Dotaljahres (d. h. des unvollendeten) vom Manne gewonnenen Früchte gar nicht in Rechnung kommen, dem Manne ohne weiteres verbleiben. Es steht fest, daß gemessen wird mit dem unvollendeten Dotaljahr d. h. mit einem Jahrestheil. Wie wäre es nun dem gegenüber möglich zum Dividenden zu machen nicht einen Ertrag, der die Größe eines Jahresertrages hat, sondern einen, der die Größe zweier

---

13) Es kann zwar zu jeder Zeit geheirathet und eine Dos bestellt werden d. h. ein Dotaljahr beginnen. Dagegen kann der Weinernte nur ein Sommer, nicht ein Winter unmittelbar vorhergehen. Also müssen Ende und Anfang des Fruchtjahres für Rebe und Weinberg in den Herbst fallen. Vgl. L. 7 § 1 D. 24, 3 (vindemiae tempus und calendae Novembres), L. 58 D. 7, 1 (omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur mense Octobri per colonum sublatis), L. 25 § 6 D. 42, 8 (hiberno und tempus messis vindemiaeve).

Jahresertäge hat. Dann würde ja bei der Fruchttheilung auf $^1/_3$ Dotaljahr nicht $^1/_3$ Jahresertrag, sondern $^1/_3$ Doppeljahresertrag treffen. Wie sehr die Realisirung einer solchen Rechnung in das Fruchtrecht des Dosrückempfängers (d. i. das Recht des Eigenthümers der Muttersache, die Früchte derselben zu behalten) eingreifen würde, liegt auf der Hand. Ebenso ist ersichtlich, daß sich für eine derartige Proportion a priori kein Grund angeben läßt, so daß sie den Eindruck von Willkür macht. Warum sollte z. B. der Mann für das eine Drittel des letzten Dotaljahres, da er die Dos gehabt hat, von den Früchten, die die Dotalsache abwirft, nicht ein Drittel dessen, was sie *einem* Jahre ergiebt, erhalten, sondern ein Drittel dessen, was sie in fünfviertel, anderthalb oder zwei Jahren trägt?

Was so von vornherein unwahrscheinlich, oder abzulehnen ist, das wird auch durch die Quellen nicht gefordert, auch nicht gestützt, sondern ferngerückt, ja widerlegt.

Freilich darauf, daß die Quellen in diesem Zusammenhang von „fructus anni" reden, kann man sich nicht berufen, um den Jahresertrag als den Umfang des Dividenden zu *erweisen*. Zunächst allerdings, wenn man anderwärts liest „pensio anni" (L. 15 § 4. L. 19 § 6 D. 19, 2. L. 50 D. 49, 14) oder „merces temporis" (L. 33 D. 19, 2) oder „fructus medii temporis" (L. 88 § 3 D. 35, 2) oder „cuiusque anni pecunia" (L. 18 § 3 D. 45, 3) oder „praesentis anni fructus" (L. 3 § 1 D. 25, 1), wo nämlich der hier angegebene Ertrag gewissermaßen Ertrag der betreffenden Zeit ist (vergl. oben S. 235. 236), dürfte man meinen, auch bei unseren „fructus anni" bedeute annus die Frist, deren Ablauf zur *Erzielung* der fructus erforderlich ist, so daß annus auf das Fruchtjahr gehen, fructus anni den Jahresertrag aus-

drücken würde. Allein diese Meinung kann vor den Stellen selbst nicht bestehen. Denn wir lesen in:

C. un. § 9[c] C. 5, 13: Sed et novissimi anni, in quo matrimonium solvitur, fructus pro rata temporis portione debere utrique parti adsignari —.

L. 31 D. 23, 4: — ut extremi anni matrimonii fructus nondum percepti mulieris lucro fiant —.

L. 7 § 16 D. 24, 3: sed hae impensae non petentur, cum maritus fructum totum anni retinet —.

L. 8 § 1 D. 24, 3: Quod in sementem erogatur, si non responderint messes, ex vindemia deducetur, quia totius anni unus fructus est.

Annus in diesen Stellen bezieht sich nicht auf das Fruchtjahr, sondern auf das Dotaljahr. Dies geht bei den drei ersten Stellen daraus hervor, daß sie sich auf die Vertheilung der Früchte (ihre Assignation, Lukrirung und Retention) beziehen, die zweite überdies das Ehejahr namhaft macht (annus matrimonii); bei der letzten daraus, daß sie Saaternte und Weinernte für Früchte eines Jahres erklärt, was für das Fruchtjahr nicht zutrifft, da ihre Erntezeiten auseinanderfallen, so daß nur die Beziehung auf das Dotaljahr übrig bleibt. Wenn diese vier Stellen von Früchten eines Jahres redend nur die Früchte eines Dotaljahres meinen können, dieses Dotaljahr aber nicht nothwendig mit dem Fruchtjahr zusammenfällt, so können diese Stellen nicht beweisen, daß die von ihnen angeführten Früchte eines Jahres (fructus anni) ein Jahresertrag sind. Von Früchten eines Jahres kann auch in anderen Sinnen gesprochen werden als dem von Früchten, zu deren Erzielung ein Jahr ablaufen mußte. Von Früchten eines Jahres und zwar eines Dotaljahres kann auch gesprochen werden, wenn man die innerhalb dieses Jahres gesäeten oder sonst vorbereiteten Früchte meint, möchten

gleich zwei Jahre zu ihrer Gewinnung nöthig sein, wo sie dann nicht Jahresertrag wären. Von „fructus anni" kann ferner auch gesprochen werden als von innerhalb des Dotaljahres perzipirten Früchten, möchte gleich mehr als ein Jahr bis zu ihrer Perzeption haben verfließen müssen, wo sie dann nicht Jahresertrag wären. Und „fructus anni" kann endlich auch bedeuten, sowohl die innerhalb eines Dotaljahres perzipirten als die im gleichen Zeitraum präparirten Früchte, wo dann zur Gewinnung beider Erträge mehr als ein Jahr verfließen mußte, sie also nicht einen Jahresertrag bilden.

Die, wie gesagt (S. 237), von vornherein wahrscheinliche Annahme, daß, wo die Vertheilung der Dotalfrüchte proportional dem Dotaljahr erfolgt, ein Jahresertrag in die Proportion einzusetzen ist, wird unterstützt durch die folgenden beiden Stellen, in welchen die Größe des Dividenden angegeben ist:

> L. 7 pr. D. 24, 3: — si mulier pridie vindemias doti dedit, mox sublatis a marito vindemiis divortit, non putat (sc. Scaevola) ei undecim dumtaxat mensum fructus restitui, sed et impensas, quae, antequam portiones fructuum fiant, deducendae sunt: igitur, si et maritus aliquid impendit in eundem annum, utriusque impensae concurrent.

Die Stelle rechnet mit dem Dotaljahr, da sie von Restitution von undecim mensum fructus redet d. i. einer den elf Monaten oder Jahreszwölfteln (während deren der Weinberg nicht mehr dotal war) entsprechenden Portion der Früchte: denn pro portione anni debent restitui (sc. fructus) sagt L. 7 § 12 eod.[14]). Der Dividend nun, der hier pro-

14) Das andere Zwölftel der Ernte verbleibt dem Manne, entsprechend

portional dem Dotaljahr vertheilt wird, ist in seiner Größe angegeben, indem er eine Weinerte ist. Eine solche bildet einen Jahresertrag. Diesen Umfang hat hier der nach dem Dotaljahr vertheilte Dividend. Für diese Annahme spricht nicht bloß die angeführte landwirthschaftliche Thatsache, sondern auch das Wort annus in „in eundem annum". Wenn nämlich die Stelle den Fall setzt, daß auch der Ehemann etwas in eundem annum aufgewandt hat, so thut sie das unter Voraussetzung einer von der Frau ausgegangenen Impendirung auf den annus. Diese Impendirung hat nun, wie kaum anders zu glauben, vor der Hingabe des Weinbergs zur Dos stattgefunden [15]) d. i. also vor Beginn des Dotaljahres. Wenn es nun vom Ehemann heißt, er habe auch seinerseits in eundem annum impendirt, so kann hier annus nicht auf das Dotaljahr gehen, als auf welches die Frau nicht impendirt hat. Daher ist annus nur auf das Fruchtjahr zu beziehen, die Stelle spricht von den Impensen, welche Frau und Mann auf ein Weinjahr oder einen Jahrgang gemacht haben. Sie

---

dem Monat, da er die Dos als solche gehabt hat. Einen Tag vor der Weinlese hat er den Weinberg erhalten, und gleich nach der Weinlese tritt die Scheidung ein. Die Zwischenzeit oder Dotalzeit ist als Monat gedacht und bildet ein Zwölftel des Dotaljahres.

15) Dies entspricht nicht bloß dem Beispiel — Hingabe des Weinbergs pridie vindemias — sondern auch dem Schlußsatz der Stelle: Ita et si impensarum a muliere factarum ratio habeatur, cum plurimis annis in matrimonio fuit, necesse est primi anni (Ehejahr) computari tempus quod sit ante datum praedium d. h. es muß die Zeit oder das Stück des ersten Ehejahres, welches der Dosbestellung vorausgeht, in Anschlag gebracht werden, da in dieser Zeit der Aufwand für die (spätere) Dotalsache von der Frau bestritten wird. Da übrigens nach dem Eingang der Stelle „fructus eos esse constat, qui deducta impensa supererunt", so kann man es als selbstverständlich bezeichnen, daß die Impensen von dem Ertrag abgezogen werden, für dessen Erzielung sie gemacht worden sind, so daß es des im Text geführten Beweises gar nicht bedürfen wird, daß annus in „in eundem annum" den Jahrgang bedeutet.

kennzeichnet somit wörtlich das Theilungsobjekt nach Quantität als Jahresertrag.

L. 7 § 3 D. 24, 3: Item si messes eius anni, quo divortium factum est, colonum ex forma locationis sequantur, ante vindemiam soluto matrimonio nihilo minus pecunia messium in computationem cum spe futurae vindemiae veniet.

Unter annus, quo divortium factum est, kann wie in den oben S. 239 citirten Stellen nur das Dotaljahr verstanden werden. Daher ist noch nicht mit den Worten messes eius anni die Ernte als Jahresernte gekennzeichnet (vergl. oben S. 239, 240). Immerhin ist nach den Bodenleistungen in unseren Breiten bei der Ernte eines Feldes ohne weiteres an Jahresertrag zu denken [16]). Die Weinernte (futura vindemia) ist zweifellos ein Jahresertrag. Daß mit einem solchen die pecunia messium in Komputation kommt, spricht für unsere Annahme, daß auch die andere Ernte Jahresertrag sei. Die Stelle lehrt noch mehr. Nur ein Jahresertrag der Dos kann, wie zu beweisen gesucht wird, Dividend sein, wo nach dem Dotaljahr vertheilt wird. Allein wenn die Dos aus mehreren Muttersachen besteht, so setzt sich der Jahresertrag dieser Dos aus den Früchten dieser mehreren Muttersachen zusammen. Diese mehreren Muttersachen können verschieden sein und danach verschiedene Früchte abwerfen. Dann geben diese verschiedenen Früchte den einen Ertrag dieser Dos ab. Dies kann man entnehmen aus:

L. 8 § 1 D. 24, 3: Quod in sementem erogatur, si non responderint messes, ex vindemia deducetur, quia totius anni unus fructus est.

16) Daher bringt z. B. L. 42 D. 22, 1 mit den fructus, qui ex terra percipiuntur ohne weiteres den annus in Verbindung. S. auch die Zeitangaben in L. 25 § 6 D. 42, 8.

Dem Dotaljahr steht gegenüber ein Dosertrag, eine Frucht. Als Ertrag gilt nur der Ueberschuß über die Kulturkosten. Der Samen, der nicht aufgeht, ist, da die Erträgnisse der verschiedenen Dotalsachen eine Frucht bilden, als Kulturauslage vom Ertrag des Weinbergs in Abzug zu bringen. Es können nun aber nicht bloß die Dotalsachen nach ihren Früchten verschieden sein — z. B. Getreidefeld und Weinberg[17]) — sie können auch und demgemäß ihre Früchte zu verschiedenen Zeiten abwerfen. Es kann daher geschehen, daß am Tag der Eheauflösung die eine ihren Ertrag schon abgeworfen hat, während der der anderen noch in Aussicht steht. Dies scheint in unserer L. 7 § 3 cit. der Fall zu sein. Hier ist nämlich die Weinlese an jenem Tag noch ausstehend, eine **futura vindemia.** Wohl weil sich dann ihr Werth nicht mit Sicherheit bestimmen läßt, wird gesagt, daß **spes futurae vindemiae** in Rechnung komme. Diese Veranschlagung der künftigen Weinlese (bei der Fruchtvertheilung) ist neu gegenüber den im Vorangehenden vom Juristen behandelten Fällen. Denn in L. 7 pr. und § 1 wird die Weinlese vom Mann während der Ehe gemacht, während in § 2 die Frau schon vor der Hingabe des Weinbergs zur Dos die Weinernte selbst gemacht hat. Man könnte danach annehmen, daß der Jurist in § 3 dies Neue, nämlich die Veranschlagung der bei Auflösung der Ehe noch nicht gemachten Weinlese geltend machen wollte. Das würde sehr wohl zu dem „**ante vindemiam soluto matrimonio nihilo minus**“ stimmen. Man sollte dann aber auch erwarten, daß der Ausspruch auf die **futura vindemia** lauten werde, also etwa **nihilo minus spes futurae vindemiae cum pecunia mes-**

17) Der Ertrag des Getreidefeldes heißt in L. 8 § 1 cit. wie in unsrer L. 7 § 3 „messes“, in L. 50 i. f. D. 50, 14 „fructus aridi“ im Gegensatz zum Rebensaft, dem Ertrag des Weinbergs, der vindemia. Messis und vindemia auch in L. 68 § 5 D. 47, 2 gegenübergestellt.

sium . . . oder nihilo minus cum pecunia messium spes futurae vindemiae in computationem veniet. Allein trotz des „ante vindemiam soluto matrimonio nihilo minus" lesen wir weiter: pecunia messium in computationem cum spe futurae vindemiae veniet, so daß die Entscheidung auf die pecunia messium gestellt ist und die spes futurae vindemiae unbedenklich in die Rechnung eingeht. Die pecunia messium zum Subjekt zu machen und sie in den Vordergrund der Entscheidung zu stellen, wird den Juristen Folgendes bewogen haben. Der Acker, der die messes abwirft, deren Geldbetrag in Rechnung kommen soll, ist verpachtet. Ob er schon zur Zeit der Dosbestellung verpachtet war, oder erst vom Ehemann verpachtet worden ist, wird nicht mitgetheilt, vom Anfang der Pacht ist nicht die Rede. Hingegen macht die Stelle zur Voraussetzung ihrer Entscheidung, daß die Ernte des Scheidungsjahres dem Pächter folge ex forma locationis. Forma bedeutet hier wie oft so viel wie Regel. Es könnte die Regel des Pachtrechts sein, wie man von forma iuris und forma edicti redet, und könnte die Regel sein, welche erst die Kontrahenten für ihre Pacht aufgestellt haben [18]). Die Ernte des Scheidungsjahres ist aller Wahrscheinlichkeit nach eine vor der Scheidung gemachte, wie sich aus dem Gegensatz der pecunia messium (dem Geldäquivalent jener Ernte) zur spes futurae vindemiae ergiebt. Falls nun, spricht die Stelle aus, der Pächter die Getreideernte des Scheidungsjahres bezieht, so muß, wenn vor der Weinlese die Scheidung eintritt, nichtsdestoweniger der Geldbetrag der Ernte mit der Hoffnung auf die künftige Weinlese in Rechnung gestellt werden. Hiernach tritt das „nichtsdestoweniger" der Meinung entgegen, daß die Ge-

18) Vergl. L. 52 pr. D. 45, 1: In conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant . . .

treideernte, weil sie an den Pächter fällt und eine Weinernte in Aussicht steht, bei der Fruchttheilung zwischen Mann und Frau mit dem Betrag der künftigen Weinlese nicht in Anschlag, also auch nicht zur Vertheilung komme. Für selbstverständlich kann man diese Entscheidung und für überflüssig die implizirte Ablehnung der falschen Meinung nur halten, wenn man sich bereits im Besitz der wahren Theilungstheorie fühlt. Allein der römische Jurist will durch seine Kasuistik allererst zu ihrer Ausbildung und Erkenntniß beitragen[19]. Für uns aber, in

---

19) Petrazycki, Fruchtvertheilung, S. 50 hat unsern § 3 mit den beiden vorangehenden in innere Verbindung gebracht, obwohl „item", auf das er sich beruft, in Anbetracht der Kompilation keinen zuverlässigen Anhalt abgiebt. Die Entscheidung in § 3 soll eine Anwendung sein der in § 1 aufgestellten Regel: fructus dividi non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit. Es würde, meint er, „der Mann, nach der bekämpften Meinung, den Pachtzins für die vollzogenen Ernten ganz behalten können und nur die spes futurae vindemiae zur Theilung bringen müssen (natürlich, weil bei der Theilung ex die locationis mit der Ernte der verpachteten Messes das Jahr enden würde; als das letzte Jahr würde das Jahr anzusehen sein, welches nach dem Ende der Pacht beginnt. Der Pachtzins würde als zum vorletzten Jahre gehörend nicht in die Theilungsmasse einzuwerfen sein)". Allein — ganz abgesehen davon, ob pecunia messium mit merces gleichbedeutend ist, was nicht feststeht — besagt die im § 1 aufgestellte und durch die Fälle der §§ 1 und 2 erläuterte Regel, daß nicht nach dem Tag des Pachtbeginns getheilt wird, sondern die vorangehende Ehezeit veranschlagt werden muß. Für die Anwendung dieser Regel ist im § 3 gar kein Raum: sie sagt nichts vom Pachtbeginn und nichts von vorangehender Ehezeit, und wir wissen davon nichts. Sie sagt auch nichts vom Ende der Pacht, so daß wir auch nicht dasselbe auf den Tag der Ernte verlegen und die Regel auf diesen Schlußtag der Pacht übertragen können. Ferner ist nicht einzusehen, wieso „bei Theilung ex die locationis mit der Ernte der verpachteten Messes das Jahr enden würde", da doch nur das Dotaljahr gemeint sein kann, dessen Ende stets 365 Tage nach seinem Anfang kommt. Endlich kann „nihilominus" nicht einfach besagen: „ohne auf die Behauptungen der Gegner zu achten." Vielmehr müssen (so ist der Sprachgebrauch) die Umstände, welche als Hinderniß der mit nihilominus eingeleiteten Aussage

dieser Untersuchung enthält unsere Stelle (L. 7 § 3) nur einen Beleg dafür, daß die Theilungsrechnung einen Jahresertrag zum Gegenstand hat.

Diese (S. 237, 240 aufgestellte) These wird ferner zwar nur indirekt, aber schlagend bewiesen durch die folgenden Stellen:

L. 7 § 6 D. 24, 3: Quod in anno dicitur, potest dici et in sex mensibus, si bis in anno fructus capientur, ut est in locis inriguis.

L. 7 § 7 eod.: Et in pluribus annis idem dici potest, ut in silva caedua.

L. 7 § 8 eod.: Item si locatio agri talis sit, ut super annuam mercedem quinquennio quoque aliquid amplius praestaretur: in eo quod amplius est tempus ad quinquennium computamus.

Was da gesagt werden kann „in sex mensibus“ (§ 6 cit.) und „in pluribus annis“ (§ 7 cit.), das läßt sich zwar nach dem vorausgehenden Theil des Fragments schon mit großer Wahrscheinlichkeit vermuthen, wird aber deutlich erst durch den Inhalt des sich anschließenden § 8. Danach ist die Verpachtung des Dotalackers in der gewöhnlichen Weise erfolgt, nämlich gegen einen Jahrespachtzins, der also den Jahresertrag dieser Dotalsache bildet. Außer diesem Jahrespachtzins muß aber vom Pächter alle fünf Jahre noch ein Zuschlag, ein Amplius bezahlt werden. Und bei diesem Amplius nun wird die Zeit, nämlich die Dotalzeit nach dem Jahrfünft bemessen [20]). Das soll heißen, daß, wenn es zur Auflösung

---

oder Entscheidung gedacht sind, trotz welcher sie erfolgt, vor dem nihilominus angegeben sein. Ein solcher Umstand ist hier jedenfalls das messes eius anni quo divortium factum est colonum sequi, und das wird von Petrazycki's Auslegung gänzlich unberücksichtigt gelassen.

20) Dies „tempus ad quinquennium computamus“ stimmt überein mit „maritus sibi computet tempus“ (L. 5 D. 24, 3, oben S. 231).

der Ehe kommt, bevor der Acker den erst in einem Lustrum reifenden Ertrag, nämlich das Amplius, abwirft, dieses Amplius nach Maßgabe des Dotallustrums vertheilt wird. Wenn z. B. die Ehe oder die Dotalzeit drei Jahre gewährt hat, so hat der Mann von dem Amplius drei Fünftel anzusprechen. Es gilt danach für die Vertheilung des Amplius, weil es Ertrag eines Jahrfünfts ist, ein Maßstab von anderer Größe als für die Vertheilung der annua merces, welche als Jahresertrag nach Maßgabe des Dotaljahres repartirt wird. Es bleibt demnach bei dem Grundsatz, daß die Dotalzeit den Maßstab für die Vertheilung der Dotalfrüchte abgiebt, aber die Zeiteinheit, mit der hier gemessen wird, ist hier eine andere, als wir sie bisher angetroffen haben, und als sie gewöhnlich ist. Bisher war sie und gewöhnlich ist sie das Jahr, das Dotaljahr, hier aber das Dotallustrum. Hier ist der danach zu bemessende Ertrag der Ertrag eines Jahrfünfts, während die Messung mit dem Dotaljahr auf einen Jahresertrag Anwendung fand. Daß nun ein Jahresertrag der Rechnung mit einem Dotaljahr entspricht, wird dadurch bestätigt, daß, wo nicht das Jahr die Fruchtperiode bildet, also nicht ein Jahresertrag zu theilen ist, auch nicht das Dotaljahr, sondern eine der Fruchtperiode gleiche Einheit der Dotalzeit den Theilungsmaßstab abgiebt. In L. 7 § 7 cit. ist von einem Schlagwald die Rede, der jeweilen nach mehreren Jahren einen Ertrag giebt, also keinen Jahresertrag hat. Umgekehrt in L. 7 § 6 cit. von Pflanzungen, namentlich künstlich bewässerten, welche zweimal jährlich Früchte abwerfen, also statt eines Jahresertrags zwei Semestererträge haben. Was beim Jahr gesagt wird — heißt es daselbst — nämlich wo ein Jahr Fruchtperiode ist, daß nämlich der Jahresertrag nach dem Dotaljahr vertheilt wird, das kann auch bei sechs Monaten d. h. bei einer Fruchtperiode von sechs Monaten gesagt werden, nämlich

daß der Semesterertrag nach dem Dotalsemester getheilt wird, so daß, wenn die Eheauflösung in ein solches Dotalsemester fällt, der Semesterertrag nach Maßgabe des angebrochenen Dotalsemesters getheilt wird [21]). Heißt es dann in § 7, das nämliche könne in plurimis annis, wie beim Schlagwald, gesagt werden, so kann dies nur bedeuten, daß der Holzertrag proportional einem mehrjährigen Dotalzeitraum getheilt wird. Indem wir so bald den Ertrag eines Lustrums (§ 8), bald den mehrerer Jahre (§ 7), bald den eines Semesters (§ 6) zum Dividenden gemacht finden, jedesmal korrespondirend dem Dotalzeitraum eines Lustrums, einer Jahrmehrheit oder eines Semesters, erhalten wir durch diese Stellen eine mittelbare Bestätigung des Satzes, daß der Dividend bei der Dosfruchtvertheilung in der Regel quantitativ der Jahresertrag der Dos ist, da wir außer den zuletzt besprochenen Stellen immer das Dotaljahr als Maßeinheit angewandt finden.

Nach alledem dürfen und müssen wir diesen Umfang des Dividenden — nämlich einen Jahresertrag — da voraussetzen, wo nach dem Dotaljahr die Frucht vertheilt d. h. nach einer Jahresquote dividirt wird, auch ohne daß der Umfang des Dividenden angegeben ist, und ebenso haben wir die etwa angegebene Fruchtportion ohne weiteres als Portion des Jahresertrages zu betrachten. Und Eines oder das Andere trifft nun zu außer für L. 78 § 2 D. 23, 3; Paul. r. s. II, 22, 1; L. 31 § 4 D. 24, 3; L. 11 D. 24, 3; L. 7 § 2 D. 24, 3 auch für L. 7 § 1 D. 24, 3, von welcher letzten Stelle das Gegentheil bald ausdrücklich, bald stillschweigend angenommen worden ist.

21) Dasselbe könnte von einer mit Semestercoupons versehenen „Obligation" gelten, da jene Zinsabschnitte als z. B. zweiprocentige Semesterzinsen gewährend, nicht als eine Hälfte des vierprocentigen Jahreszinses liefernd anzusehen sind.

L. 78 § 2 cit.: **Divortio autem facto primo videamus et in hac et in superiore specie, an pro rata temporis eius anni dividantur fructus: quod probandum est.**

Zur Vertheilung kommt hier nach allem Gesagten der Jahresertrag der Dos. Dieser Dividend ist nach dem Gegenstand, nicht auch nach seinem Umfang angegeben.

Paul. l. c.: **Fructus fundi dotalis constante matrimonio percepti lucro mariti cedunt, etiam pro rata anni eius, quo factum est divortium.**

Auch hier findet sich die Quantität der Früchte, welche pro rata des Scheidungsjahres zu Gunsten des Mannes vertheilt werden, d. h. die Größe des Dividenden nicht angegeben. Es ist aber nicht mehr zweifelhaft, daß es ein Jahresertrag ist, der nach Maßgabe des Jahres vertheilt wird.

L. 31 § 4 cit.: **Si fundum dotalem recepisset mulier non habita ratione fructuum pro portione anni, quo nupta non fuisset, nihilo minus de dote agere potest —.**

Diese Nichtberücksichtigung oder Nichtberechnung der Früchte umfaßte auch die Nichtausfolgung der Früchte proportional dem Theil des Dotaljahres nach der Auflösung der Ehe. Der der Frau auszufolgende Ertragstheil soll so groß sein als dieser Jahrestheil. Aber ein so großer Ertragstheil welchen Ertrages d. h. wie groß ist der Dividend? Man kann nicht zweifeln — obwohl es nicht dasteht — daß das Ganze, welches Dividend ist, der Jahresertrag ist.

L. 11 cit.: **Si alienam rem sciens mulier in dotem dederit, reddenda ei est, quasi suam dedisset et fructus pro portione anni, quo divortium factum est.**

Von dieser Stelle ist genau das nämliche zu sagen; der annus quo divortium factum est, ist gleich dem annus quo nupta non fuisset (sc. mulier) der L. 31 § 4 cit. Wiederum

entspricht in der Proportion dem Jahre ein Jahresertrag. Dieses Selbstverständliche ist nicht ausgesprochen.

L. 7 § 2 cit.: — si mulier percepta vindemia statim fundum viro in dotem dederit et vir ex calendis Martiis eundem locaverit et calendis Aprilibus primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensum, quo dotale praedium fuit, ex mercede quae debebitur portionem retinebit.

Der Ehemann hat das Grundstück am 1. März verpachtet, und am 1. April ist die Ehe geschieden worden. Er soll dann nicht bloß den zwölften Theil der merces retiniren. Warum gerade den zwölften Theil? Weil die Pacht des Dotalfundus als dotalen einen Monat d. i. ein Zwölftel des Dotaljahres gedauert hat. Und wie groß ist die merces, deren zwölfter Theil dem Jahreszwölftel entsprechen würde? Das steht nicht da, allein es ist darum nicht minder zweifellos, daß sie einen Jahrespachtzins beträgt, daß wir die gewöhnliche[22]) annua merces (L. 7 § 8 eod.) vor uns haben. Ferner sagt der Jurist, der Mann retinire nicht bloß ein Zwölftel der merces, da nicht bloß auf die Pachtzeit innerhalb der Dotalzeit (hier den Monat März), sondern auf die ganze Dotalzeit Rücksicht zu nehmen ist. Der Mann werde daher aus dem künftig geschuldet werdenden Pachtzins eine Portion zurückbehalten gemäß der Zeit aller Monate, während welcher Zeit das Grundstück dotal war. Dieser Monate oder Jahreszwölftel waren es, wie es scheint, fünf (November bis März). Dann würde die vom Manne aus der merces zu reti-

22) Daher z. B. L. 13 § 2 D. 19, 2 (ut in ipso anno quo tacuerunt, videantur locationem renovasse), vergl. Glück, Kommentar Bd. 17 S. 278—284, und L. 15 § 4 eod. L. 35 § 1 eod. L. 50 D. 49, 14. C. 8, 21 C. 4, 65.

nirende portio fünf Zwölftel ausmachen. Und wie viel beträgt das Ganze, dessen $^5/_{12}$ der auf den Mann treffende Theil ist? Wiederum ist des Dividenden Größe nicht angegeben. Doch wohl darum, weil sie selbstverständlich ist, wie sie für uns nach allem Bisherigen nicht zweifelhaft sein kann. Es ist der Jahrespachtzins (annua merces), der zu dividiren ist, Dividend ist ein Jahresertrag der Dos. So kann es denn auch letztlich nicht anders sein in

L. 7 § 1 cit.: Papinianus autem libro undecimo quaestionum divortio facto fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit: —

Der Satz, daß bei der Fruchttheilung die maßgebende Zeit nicht zu rechnen ist vom Tag der Verpachtung, sondern daß auch die vorausgehende Ehe- d. h. Dotalzeit zu berücksichtigen d. h. zu veranschlagen ist, wird hier vorgetragen, ohne daß wiederum der Betrag der Frucht, die Größe des Dividenden angegeben ist, da es nur heißt „fructus dividi“. Nach allem Bisherigen kann der Verfasser nur an einen Jahresertrag als Dividenden gedacht haben. Den aufgestellten Satz begründet der Jurist sofort durch Vorführung eines Falles[23]), in welchem die Nichtbefolgung des Satzes, also die Nichteinrechnung des praecedens tempus und seines Ertrags, ein augenscheinlich unbilliges Ergebniß haben würde:

neque enim, si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit eumque vir ex calendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Ianuarii suprema die facto

23) Das ist der vom Römer durch enim gekennzeichnete, aber von Bechmann, Dotalrecht II S. 204 entschieden geleugnete „innere Zusammenhang zwischen dem mit neque anfangenden und dem vorhergehenden Theile der Stelle“. Nach Bechmann, S. 207 wäre dieser Zusammenhang nur „bei oberflächlicher Betrachtung“ anzunehmen.

divortio retinere virum et vindemiae fructus et eius anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est: alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit.

Was hier der Jurist für unbillig erklärt, würde sich daraus ergeben, daß entgegen seinem Eingangssatz bei der Fruchttheilung nur auf die Zeit seit der Verpachtung, nicht auch auf die derselben vorangehende gesehen würde. In dieser vorangehenden Zeit hat der Mann die Weinernte gemacht und damit einen Jahresertrag des nachher von ihm verpachteten Dotalgrundstückes eingenommen. Würde man nur auf die Pachtzeit d. h. auf die Zeit der Pacht während der Ehe sehen, so würde der Mann diesen Jahresertrag retiniren und außerdem (et vindemiae fructus et...) den vierten Theil des Pachtzinses. Wieso den vierten Theil? Weil ex die locationis bis zur Scheidung ein Vierteljahr verflossen ist. Würde die Pachtzeit als Dotalzeit veranschlagt werden, so hätte der Mann eine dieser Jahresportion entsprechende Portion des Pachtertrages anzusprechen. Und dieser Pachtertrag, der proportional dem in die Pachtzeit fallenden Dotaljahr getheilt würde, ist wiederum als Jahresertrag gedacht. Auch im supponirten Fall beläuft sich auf einen solchen der Dividend. Merces in „quartam partem mercedis" ist der Jahrespachtzins.

Um nun zu zeigen, wie unbillig es ist (neque... aequum est), bei der Fruchttheilung bloß auf die Pachtzeit zu sehen und die der Pacht vorhergehende Dotalzeit unveranschlagt zu lassen, konnte der Jurist kein schlagenderes Beispiel wählen als eines, in welchem schon in der vorhergehenden Zeit vom Manne eine ganze Jahreseinnahme (eine Weinlese) von derselben Dotalsache gemacht wird [24]. Wenn nämlich

24) „Unbillig", nämlich gegenüber der Frau, sie benachtheiligend.

hier nur die Pachtzeit berücksichtigt werden würde, so würde der Mann, obwohl die Ehe und Dotalzeit nicht einmal ein Jahr gedauert hat, retiniren jenen vor der Pacht gewonnenen Jahresertrag und überdies einen Theil des Pachtzinses proportional der Pachtdauer während der Dotalzeit[25]).

Der Jurist begnügt sich nun aber nicht, das von ihm im ersten Satz postulirte Verfahren dadurch zu rechtfertigen, daß er an einem schlagenden Beispiel die Unbilligkeit der von ihm verworfenen Methode zeigt, sondern er wendet überdies im folgenden Schlußsatz auf den beispielsweise angeführten Fall das richtige Verfahren an, so daß sich seine Darstellung als Explizirung oder Konsequenz (itaque) einführen kann:

> itaque si fine mensis Januarii divortium fiat et quattuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.

Der Fall ist noch derselbe, nur seine Behandlung, die

Freilich würde die Nichtberücksichtigung des der Verpachtung vorangehenden Dotaljahrstückes eine Unbilligkeit gegen den Mann sein, wenn man nämlich in diese Zeit keine Doseinnahme fallend denkt. Dies gilt von dem in L. 7 § 2 h. t. behandelten Fall: S. 250. Hier wird allerdings bei Bemessung der vom Mann anzusprechenden Pachtzinsquote (des Jahresertragstheils) auf die der Pacht vorangehende Dotalzeit Rücksicht genommen. Und warum geschieht nicht das Nämliche im Fall des § 1, d. h. warum wird nicht auch hier vom Jahrespachtzins ein der viermonatigen Dotalität entsprechender Betrag ($^1/_3$) statt der quarta mercedis zu Gunsten des Mannes in Rechnung gebracht? Weil in den der Verpachtung vorangehenden Theil des Dotaljahres ein Naturalertrag der Dos fällt; der eine Weinberg kann doch nicht in der gleichen Zeit dem Manne Reben und Pachtgeld liefern.

25) In den Schlußworten „alioquin . . . retinebit“ ist auf die noch extremere Konsequenz hingewiesen, die sich ergiebt, wenn der Vereinnahmung des natürlichen Jahresertrages am nächsten Tag, ohne dazwischentretende Pachtzeit, die Trennung der Ehe folgt. Hier bei der Theilung sich nach der Pacht richten hieße dem Manne jene Ernte ganz belassen.

Berechnung ist verschieden, weil korrigirt. Es hat der Mann durch die Weinlese einen Jahresertrag der Dos vereinnahmt und überdies hat er einen Vierteljahrpachtzins, nämlich die hierauf gehende Forderung gegen den Pächter[26]), so daß er

---

26) Zwar wendet Vangerow, Pandekten I S. 412 (und nun auch Petrazycki, S. 21 Anm. 1) ein, daß Pachtgelder „erst dann im Rechtssinn als perzipirt gelten, wenn auch die fructus naturales perzipirt sein würden, l. 58 pr. de usufr. (7, 1), l. 9 § 1 locati (19, 2). Es ist also unwahr, daß hier der Ehemann schon ¼ des jährlichen Pachtgeldes verdient habe": allein einmal wird der erstere Satz nicht durch die ll. citt. bewiesen, da vom Ehemann als Verpächter Anderes gelten kann als vom Usufructuar als Verpächter, und da nach L. 9 § 1 cit. der Pächter des Usufructuars haftet, ut pro rata temporis, quo fruitus est, pensionem praestet, ohne daß auf Perzeption Rücksicht genommen würde. Und zweitens mag immerhin der Ehemann den Vierteljahrpachtzins noch nicht „verdient" haben, so sehen wir doch in der Stelle diesen Pachtzins mit der unstreitig erfolgten natürlichen Weinbergseinnahme auf eine Linie gestellt und als dem Manne angefallene, ihm theilweise zu belassende (relinquatur) Dosfrucht behandelt. Demgemäß rechnet Petrazycki selber an anderen Stellen, nämlich S. 33 „die Forderungen wegen des Pachtzinses für die Zeit vor der Scheidung" zu den „Einkünften, auf deren Einkassirung der Mann jedenfalls schon ein Recht erworben hatte", und S. 39 die quarta portio mercedis zu den „vom Manne erworbenen Einkünften". Damit erledigt sich auch der weitere Einwand, den Petrazycki am erst angeführten Orte, S. 21 Anm. 1, erhebt mit den Worten: „Und wenn man quarta portio mercedis als fructus percepti ansieht, hat doch dieser Unterschied keine Bedeutung bei der Theilung, wie das aus l. 7 § 2 h. t. ersichtlich ist. Hier venit in contributionem auch merces quae debebitur". Die Wendung „venit in contributionem" kommt in L. 7 § 2 cit. nicht vor. Sie sagt wohlweislich „non solum partem duodecimam mercedis . . . retinebit", weil sie den Monatspachtzins, der dem in die Ehe fallenden Pachtmonat entspricht, ohne weiteres als etwas vom Manne Verdientes oder ihm Angefallenes betrachtet. Wenn der Jurist nicht auch in § 1 den Mann eine Portion „ex mercede quae debebitur" retiniren läßt, so kommt dies — wie sich noch zeigen wird — daher, daß hier die vom Manne gemachte Einnahme hinreicht, ihm die gebührende Portion eines Jahresertrages zu verschaffen, wofür dagegen in § 2 auch die Zukunft (debebitur) herangezogen werden muß. — Im III. Abschnitt soll sich zeigen, daß, wenn der Mann den Weinberg nicht verpachtet hätte, bloß die von ihm gemacht

den Dosertrag von Fünfvierteljahren in Händen hat oder zu seinen Gunsteu buchen kann. Er würde dies Beides retiniren, wenn ex die locationis getheilt würde, was bereits verworfen ist. Vielmehr soll getheilt werden habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit (die ganze Dotalzeit). Es ist daher nicht bloß auf die Pachtzeit von drei Monaten, sondern wie in allen bisherigen Fällen auf die ganze Dotalzeit zu sehen, diese giebt hier wie immer den Theilungsmaßstab, bestimmt des Mannes Antheil. Die Dotalzeit beträgt vier Monate, also $^1/_3$ des Dotaljahres. So kann nach allem Bisherigen der dem Manne zukommende Antheil nur wiederum ein Drittel sein. Ein Drittel wovon? Nach allem Bisherigen ist (wo nach dem Dotaljahr getheilt wird) der Dividend ein Jahresertrag. Er hat diesen Umfang auch da, wo derselbe nicht ausgesprochen ist, wie in mehreren Stellen (S. 248—251) zu sehen war. Dies hat sich nicht bloß a priori durch die Proportionalität mit dem Dotaljahr wahrscheinlich gemacht (S. 237, 238), dessen Maßgebung wiederum von der Jahresdauer der Fruchtperiode abhängt, sondern wird auch in allen dem Gegenstand gewidmeten Quellen unmittelbar oder mittelbar so entschieden ausgedrückt, daß davon nicht abgelassen werden kann. Wenn daher in unserem Fall dem Manne bei der Fruchttheilung tertia portio zu belassen ist (relinquatur), so darf kein Zweifel darüber aufkommen, daß diese tertia por-

---

Weinlese und nicht etwa (außer diesem Jahresertrag) noch $^1/_4$ der folgenden zur Repartition kommen würde. Das ist dann 1) eine Bestätigung des oben Gesagten, daß die quarta portio mercedis nur als vom Manne gemachte Einnahme in die Rechnung eingeht, und 2) neben L. 9 § 1 D. 19, 2 cit. ein Beweis, daß der Pachtzins nicht durchaus den natürlichen Früchten gleichsteht, wie schon oben S. 235 Anm. 11 durch den Zusatz „fast" vorbehalten worden ist.

tio das Drittel eines Jahresertrages ist; dieser Umfang des Dividenden ist selbstverständlich[27]).

In Wirklichkeit hat der Mann nicht bloß eine Jahreseinnahme gemacht, sondern eine Einnahme von Fünfvierteljahren (oben nach Anm. 26). Es kann daher nicht davon die Rede sein, daß dieser Betrag den Dividenden für die Drittelung abgebe. Daß so gerechnet werde — also $^5/_4$ durch 3 dividirt werde — wird man daher durch die Stelle vorgeschrieben zu finden nicht erwarten dürfen. Das Drittel des Jahresertrags durch Division nicht des Jahresertrags d. i. von $^4/_4$, sondern des Fünfvierteljahresertrags ($^5/_4$) gewinnen zu wollen, würde doch ein gar zu kindliches Versehen sein[28]).

---

27) Daher auch keineswegs, wie Brinz, Pandekten III § 484 zu Anm. 86 sagt, „in l. 7 § 1 cit. nur das der dunkle Punkt ist, daß neben der vindemia nicht der ganze in den annus novissimus fallende Pachtzins ($^{11}/_{12}$) zum Dividend wird".

28) An dieser Annahme hat Petrazycki zunächst keinen Anstoß genommen, da er S. 39 einfach ausspricht: „da die Ehe $^1/_3$ des richtigen Theilungsjahres ausgefüllt hat (Okt., Nov., Dez., Jan.), so bleibt dem Manne davon (sc. von vindemiae fructus et quarta portio mercedis) nur $^1/_3$, so daß die Frau $^2/_3$ restituirt bekommt". Danach würde dem $^1/_3$ eines Jahres (oder $^4/_4$ J.) entsprechen nicht $^1/_3$ von $^4/_4$, sondern von $^5/_4$ (nach der unten zu besprechenden „Theilungsmethode" soll der Dividend sogar 1 und $^{11}/_{12}$ betragen). Nachträglich, S. 40 Anm. 1 scheinen unserem Autor doch Bedenken gegen jene monströse Rechnung gekommen zu sein, die er dann durch verwegene Annahmen zu beschwichtigen sucht. Im Passus „vindemiae fructus — viro relinquatur" soll „die Aufmerksamkeit des Juristen ausschließlich den vindemiae fructus gewidmet" sein. Allein der Jurist zieht neben den vindemiae fructus und in gleicher Linie deutlich die quarta portio mercedis in die Rechnung. Er verlangt mit confundi eine Vereinigung beider Posten, welchen Sinn Petrazycki S. 18 selber anerkannt hat. Die weitere Vermuthung — „vielleicht beziehen sich die Worte ex ea pecunia nur auf vindemiae fructus" — ist augenscheinlich so unhaltbar und so rücksichtslos gegen den Text, daß man die gewundenen Erklärungen, welche sie einleuchtend machen sollen, auf sich beruhen lassen kann. Uebrigens hebt schon drei Seiten weiter (S. 43) der nämliche Autor zu eignen Gun-

In der That sagt der Jurist auch gar nicht, daß der Betrag der Weinlese und das Pachtzinsviertel zusammengeworfen werden sollen, auf daß der dritte Theil dieser Summe dem Manne belassen werde. Um das zu sagen, hätte er sich so fassen müssen: ut eius pecuniae tertia portio viro relinquatur[29]). Allein ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur und ut eius pecuniae tertia portio viro relinquatur sind keineswegs gleichbedeutend und können im vorliegenden Zusammenhang schlechterdings nicht für gleichbedeutend gelten.

Gleichbedeutend sind sie nicht, weil — soweit ich sehe — im Latein der Juristenschriften niemals der Genetivus partitivus (um diesen handelt sich's in der Verbindung mit portio oder pars) durch ex umschrieben oder ersetzt wird. Vielmehr ist allenthalben, wo der Theil eines Ganzen bezeichnet werden soll, das dieses Ganze bezeichnende Wort in den vom Theil abhängigen Genetiv gesetzt[30]). Man muß daher auch für

---

sten hervor, daß der Byzantiner Dorothe u's „das Wort (ex) ea (pecunia) durch die Uebersetzung ἐκ τούτων πάντων auch stark accentuirt"! Er verleugnet damit seinen Versuch, der ea pecunia die quarta portio mercedis zu entziehen.

29) Diese Bemerkung hat schon Vangerow, Pandekten I S. 412 beiläufig gemacht, ohne sie zu begründen und anders als negativ, nämlich nebenher zur Ablehnung der Cujacischen Erklärung zu verwerthen.

30) S. z. B. quarta portio mercedis und quarta pars mercedis in L. 7 § 1 cit.; pars duodecima mercedis in L. 7 § 2 eod.; partem fortunarum in L. 8 § 2 D. 1, 15; partem quartam hereditatis in L. 1 pr. D. 35, 2; partem quartam eiusdem fundi in L. 67 § 4 D. 31; partem aestimationis in L. 80 § 1 D. 35, 2; duodecimam partem praediorum in L. 86 D. 35, 2; parte dimidia bonorum in L. 11 § 8 D. 35, 2; debiti partem in L. 41 D. 2, 14; agri portio in L. 8 § 2 D. 20, 4; portio eius quantitatis in L. 30 § 5 D. 35, 2; pro portione anni in L. 7 § 12 D. 24, 3 und L. 11 eod.; portiones dominii in L. 40 § 4 D. 39, 2; portio hereditatis in L. 24 D. 48, 10; semis patrimonii et portionis und pars dimidia semissis in L. 80 § 7 D. 36, 1 sowie viele an-

unsere Stelle annehmen, daß ex ea pecunia nicht für eius pecuniae gesetzt ist. Dann darf aber auch ex ea pecunia nicht mit tertia portio in nächste Verbindung gebracht werden, ist vielmehr mit relinquatur zu verbinden, m. a. W. die Relinquirung geschieht ex ea pecunia, und relinquirt wird die tertia portio [31]).

---

dere Stellen bei Brisson. s. v. portio. Auch aus der Profanliteratur habe ich neben zahllosen Fällen der Verbindung von portio oder pars mit dem Genetivus partitivus nur zwei Beispiele seiner Umschreibung durch ex mit Hülfe der Wörterbücher finden können, nämlich Justin. 24, 4 und Plin. h. n. 12, 18, 41. Allein beide unterscheiden sich von unserem Text dadurch, daß sowohl in Justin. cit.: „Ex his portio in Italia consedit . . ." als in Plin. cit.: „Quota enim portio ex illis ad deos iam pertinet?" das Ganze, von dessen Theil die Rede ist, nicht durch ein Nomen angegeben ist, dieses vielmehr durch ein Pronomen vertreten wird, welches auf das im Vorausgehenden genannte Nomen zurückweist. Wahrscheinlich hat gerade das zu der unerhörten umschreibenden Fassung den Anlaß gegeben.

31) Diese Konstruktion ist also die nämliche wie

bei Cic. in Verr. act. II lib. III, c. 48 § 114: Nam cum a multis quaterna, etiam quina exigerentur, multis autem non modo granum nullum, sed ne paleae quidem ex omni fructu atque ex annuo labore relinquerentur;

bei Cic. de lege agr. II c. 30 § 82: Vobis interea . . . gleba nulla de paternis atque avitis possessionibus relinquetur;

bei Papin. L. 57 § 8 D. 36, 1: — nihil apud eum ex ea parte, quam derelinquit, voluit relinquere —.

Und wie in diesen und in unserer obigen Stelle relinquere ex aliqua re zu verbinden ist, so finden wir anderwärts retinere, decedere, deducere, detrahere, auferre, tribuere, consequi, servare ex oder de aliqua re verbunden und als Objekt solchen retinere, decedere etc. genannt eine Größe, nämlich quartam, quartam partem, portionem, Falcidiam, pretium, id quod debetur, aes alienum, nihil, ducenta iugera, tantum etc. in L. 1 § 9, L. 15 § 3, L. 16, L. 17, L. 36 § 3, L. 37 § 1, L. 49 pr., L. 56 § 3, L. 62 pr., L. 69, 78 § 5, L. 80 pr., L. 82, L. 94 D. 35, 2, L. 22 § 1 D. 1, 7, L. 25 § 12 D. 5, 3, L. 64 pr. D. 21, 2, L. 7 § 2 D. 24, 3, L. 5 D. 35, 3, z. B. L. 1 § 9 cit.: — posse quartam partem ex eo (sc. usufructu) sic ut ex corporibus retineri . . . ex omnibus quae sint facti

Das dem Manne zu überlassende Drittel ist schon nach dem Wortlaut der Stelle nicht das Drittel der ea pecunia, und ea pecunia ist der Betrag, welchem das dem Manne gebührende Drittel zu entnehmen, oder von welchem es wegzunehmen ist. Dieser bisher ignorirte Sinn von ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur ist danach nicht bloß ein möglicher Sinn, so daß der gewöhnlich angenommene wegen Zweideutigkeit des Ausdrucks daneben beibehalten werden könnte, sondern schon durch die grammatische Interpretation wird jede andere Deutung als die hiesige ausgeschlossen.

Ferner können auch „ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur" und „ut eius pecuniae tertia portio viro relinquatur" im vorliegenden Zusammenhang — logische Interpretation — nicht für gleichbedeutend gelten, selbst wenn dies sprachlich anginge. Denn man würde solchenfalls dem römischen Juristen einen schülerhaften Rechenfehler imputiren [32]). Da die Quellen, wo nach dem Jahr getheilt wird, nur einen Jahresertrag theilen lassen, und im vorliegenden Fall ea pecunia mehr als einen Jahresertrag beträgt, so kann die hier

pars decedere debet —. L. 86 § 8 cit.: — quartam autem utriusque ex legato retinendam —. (Das utrumque, dessen Viertel zu retiniren ist, ist nicht identisch mit dem Legat, welches als Minuend den Abzug jenes Viertels erleidet). L. 56 § 8 cit.: — debet ex eo quod interim ex operis servi ad Titium pervenire potest, quarta apud heredem remanere (das Viertel wird entnommen dem id quod interim etc., letzteres ist aber nicht identisch mit dem Ganzen, dessen Quarta verbleiben muß). L. 94 cit.: — an ex hereditate, quae ei relicta est, deducto aere alieno eius quod superfuerit quartam consequi debeat (das Viertel ist ein Viertel des Reinbetrags, nicht der Erbschaft, ist aber aus dieser zu entnehmen).

32) Zu Gunsten des Römers darf dabei an Niebuhr's Worte (Röm. Geschichte I S. 299, 800) erinnert werden: „Es ist indessen allemal fehlgegriffen, wenn bei ausgezeichneten Männern Unwissenheit im allgemein Bekannten angenommen wird, um zu erklären, was bei ihnen gegen das Geltende verstößt: und diese Voraussetzung bringt nur Beschämung auf den, der sie äußert".

dem Manne der Zeit nach gebührende tertia portio nimmermehr Drittel von ea pecunia sein. Es konnte dem Juristen nicht entgehen, daß der dritte Theil von $^{5}/_{4}$, die dem Manne zugefallen sind, nicht gleich ist dem dritten Theil eines Jahresertrages d. h. von $^{4}/_{4}$. Vielmehr wird das dem Manne zurückzulassende Drittel rechnerisch gewonnen durch Dreitheilung des Jahresertrages, was in dieser Stelle, wie in manchen anderen (S. 248—51), weil selbstverständlich und elementar, nicht ausgedrückt worden ist, nicht ausgedrückt zu werden brauchte; denn in den Augen des Römers konnte ja jede dem Manne zugesprochene Fruchtportion (die tertia oder sonst eine) immer nur Portion eines Jahresertrages sein[33]). Jener Jahresertrag ergiebt sich hier leicht, indem man von den Einnahmen des Mannes ($^{5}/_{4}$) ein Fünftel in Abzug bringt[34]).

33) Die Mißdeutung, daß hier die Drittelung der ea pecunia ausgesprochen sei, konnte vom Juristen nicht vorausgesehen werden, so daß er ihr durch Nennung des Dividenden vorzubeugen keinen Anlaß hatte. Sie konnte nicht vorausgesehen werden, einmal weil der Latein schreibende Jurist durch die Wendung „ex ea pecunia . . . relinquatur" die ea pecunia seinen Landsleuten gar nicht als Dividenden erscheinen ließ. Und ferner vermochte er auch nicht vorauszusehen, daß man ihm die Entscheidung imputiren werde, es müsse ein voller Jahresertrag und dazu das Viertel eines solchen gedrittelt werden. Auf diese absonderliche Idee konnte nur kommen, wer nicht gegenwärtig hatte, wie die alten Lateiner Divisionen anzugeben pflegen. Wenn nun der Jurist die beiden Umstände, welche ihn zur Hintanhaltung des modernen Mißverständnisses hätten bewegen sollen, gar nicht voraussehen konnte, so ist von seiner Seite nichts versäumt worden, er kann keiner Zweideutigkeit und er kann keiner Auslassung geziehen werden. Den Jahresertrag als Betrag des Dividenden haben ja auch Andere bisweilen (S. 248) nicht namhaft gemacht. Was sollte unseren Juristen veranlassen, hier diesen Dividenden zu nennen? Das Novum, daß der Ehemann seines Falles mehr als jenen Betrag eingenommen hatte, bot keinen Anlaß, den arithmetisch zu dividirenden Betrag eigens anzugeben. Und ebensowenig bot solchen Anlaß der Umstand, daß der Quotient (mit tertia portio) hier genannt war: der Dividend hatte seinen stehenden, sich von selbst verstehenden Umfang.

34) Ueber das zur Ermittlung des Jahresertrages einzuschlagende Verfahren hat sich der Jurist nicht ausgesprochen. Und er brauchte sich

Sollte an einem Beispiel gezeigt werden, daß bei der Fruchttheilung die ganze Dotalzeit des letzten Jahres in Anschlag komme und nicht bloß die Pachtzeit, so mußte auch alle Frucht, die in jener Zeit dem Manne angefallen war, zu einer Theilungsmasse zusammengeworfen werden (hier vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt), auf daß aus dieser in Geld geschätzten Summe das Drittel (scilicet des Jahresertrages) dem Manne belassen werde, während er alles Andere der Frau herausgeben muß. Hiermit hat der Mann die dem Stück des Dotaljahres entsprechende Portion der Jahresfrucht. Man kann daher mit mathematischen Worten sagen: im Schlußsatz unserer Stelle bezeichnet ex ea pecunia nicht den Dividenden, sondern den Minuenden [35]).

Der Fall unserer Stelle ist vor den sonst vorkommenden Fällen von Theilung der Dosfrüchte nur dadurch ausgezeichnet, daß der Mann innerhalb der maßgebenden Dotalzeit (der vier Dotalmonate) mehr als einen Jahresertrag erlangt hat [36]). Diesen außerordentlichen Fall hat der Jurist gesetzt, um an ihm die Regel, daß alle in jene Dotalzeit fallende Einnahme der Fruchttheilung unterfalle, in ihrer vollen Konsequenz zu zeigen (S. 252/253). Daß hier anders als überall nicht ein

---

auch nicht auszusprechen, ohne darum unvollständig zu sein; denn es kam ihm darauf an zu zeigen, daß bei der Fruchttheilung die ganze Dotalzeit des Trennungsjahres zu berücksichtigen und alle Einnahme dieser Zeit, nicht bloß die Pachteinnahme, in Rechnung zu bringen sei. Gegenüber diesem Problem ist das Wie der Ermittlung der Jahreseinnahme nebensächlich, wenngleich diese Ermittlung für die Vornahme der Fruchttheilung unerläßlich ist.

35) Vergl. die Stellen in Anm. 31.

36) Daß diese Einnahme von einer längeren Zeit denn ein Fruchtjahr herrührt, wird im folgenden Abschnitt zur Sprache kommen und sich als irrelevant erweisen.

Jahresertrag den Dividenden abgebe, konnte der Jurist nicht sagen wollen und hat er auch nicht gesagt. Er hätte sonst nicht einfach dem Fall des § 1 den mit „e contrario" sich anschließenden des § 2 folgen lassen können. Beide beziehen sich auf die Regel „fructus dividi non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit". Daher fährt § 2 fort mit den Worten: E contrario quoque idem observandum est. Während nämlich im Fall des § 1 bei ausschließender Veranschlagung der Pachtzeit der Mann zu viel erhält, behandelt umgekehrt § 2 einen Fall, wo er bei ausschließender Berücksichtigung der (in die Dotalzeit fallenden) Pachtzeit zu wenig erhalten würde [37]). Wie es aber unverkennbar ist, daß in § 2 dem Manne richtigerweise die Quote eines Jahresertrages zugewiesen wird (S. 250, 251), so hätte das Gleiche für § 1 nie verkannt werden sollen. Und nimmermehr hätte § 2 mit „E contrario idem observandum est" fortfahren können, wenn im Vorausgehenden (§ 1) mit einem anderen Dividenden als dem Jahresertrag operirt worden wäre. Da nämlich die maßgebende Zeiteinheit, das Jahr, in Relation steht zum Abzumessenden, hätte nicht in § 2 wie in § 1 der Dotaljahrestheil als für des Mannes Fruchtantheil bestimmend dargelegt werden können, wenn die Quantität der Dividenden verschieden angenommen wäre.

Da nun in L. 7 § 1 mehr als ein Jahresertrag im letzten Dotaljahr dem Manne zugefallen ist, so kommt auch mehr als ein Jahresertrag zur Distribution unter den Ehegatten. Dagegen geht in die Proportion ein oder unterliegt der Proportionaltheilung selbstverständlich nur ein Jahresertrag. Gewöhnlich fallen Distribuend und Dividend zusammen, hier in L. 7 § 1 übersteigt der Erstere den Letzteren [38]).

37) Dies ist der von Bechmann, Dotalrecht II S. 205 vermißte Gegensatz von § 1 und § 2.

38) S. auch Lotmar zu Brinz, Pand. III § 484 Anm. 35.

Wenn durch die Erörterung dieses ganzen Abschnittes die These erwiesen und zuletzt auch gegenüber L. 7 § 1 D. 24, 3 erprobt worden ist, daß, wo nach dem Dotaljahr getheilt wird, immer nur ein Jahresertrag Dividend ist, dann muß die neuerdings von Petrazycki (S. 12) aufgestellte „einfache Theilungsmethode" unrichtig sein.

Als Beispiel der „Berechnung" der Früchte des Dotaljahres führt er (S. 12) Folgendes an: Das letzte Dotaljahr dauert vom 1. Aug. 1891 bis zum 1. Aug. 1892, geerntet wird im August. Zur Berechnung jener Früchte ist sowohl die Ernte vom Aug. 1891 wie die vom Aug. 1892 in Betracht zu ziehen, auf welche letztere 11 Monate der Cura noch innerhalb des Dotaljahres verwendet sind. „Es ergiebt sich also, daß auf das letzte Dotaljahr außer den fructus percepti noch $^{11}/_{12}$ der Ernte des Jahres 1892 fallen."

Hiermit ist gesagt, daß auf das letzte Dotaljahr eine ganze Ernte (ein Jahresertrag) und außerdem $^{11}/_{12}$ einer anderen Ernte fallen.

Sofort von der „Theilung der Dotaljahresfrüchte" handelnd, sagt der nämliche Autor:

„Jetzt bemerken wir nur, daß, wenn man einstweilen die l. 7 § 1 bei Seite läßt, man doch auf Grund der anderen Quellenaussprüche folgende einfache Theilungsmethode als quellenmäßig betrachten muß: nachdem man die in das letzte Dotaljahr fallenden Früchte festgestellt hat[39]), muß man sie im Verhältnisse zu der Dauer der Ehe während des letzten Dotaljahres theilen, unabhängig davon, wann sie perzipirt werden, wer sie perzipirt, wann die Fruchtperioden beginnen. Mit anderen Worten, alle verschiedenen Früchte werden nach

39) Man denke an das vorige Beispiel, wo diese Feststellung den Betrag einer ganzen Jahresernte + $^{11}/_{12}$ einer anderen ergeben hat.

denselben Bruchtheilen getheilt; wenn die Ehe 4 Monate des letzten Dotaljahres ausgefüllt hat, erhält der Mann $^4/_{12}$ von jeder Art der Früchte, wenn sie nur zu denen des Dotaljahres gehören. Für jeden Monat bekommt der Mann $^1/_{12}$ aller Früchte".

Von Petrazycki wird hiernach behauptet, daß bei Theilung nach Maßgabe des Dotaljahres der Dividend sich auf mehr als einen Jahresertrag belaufen kann.

Das soll unabhängig von L. 7 § 1 „auf Grund der anderen Quellenaussprüche" gelten. Es ist nicht klar, welche anderen Quellenaussprüche gemeint sind.

Unsererseits haben wir aus den Quellen, welche sich mit der Dosfruchttheilung befassen, einschließlich L. 7 § 1, gefunden und in diesem Abschnitt nachzuweisen gestrebt, daß allenthalben, wo nach dem Dotaljahr getheilt wird, ein Jahresertrag und nicht mehr als Dividend statuirt oder vorausgesetzt ist. Diese Beweisführung schließt die Widerlegung der Petrazycki'schen „Theilungsmethode" ein. Dieselbe wird im IV. Abschnitt auch noch eigens und in anderen Hinsichten untersucht werden.

III.

Nachdem wir uns solchergestalt des Quantums des Dividenden versichert haben, läßt sich die zweite Streitfrage, die nach seinem Datum, leichter beantworten (oben S. 234).

Es stehe fest, daß bei jährlichem Umtrieb, wo also auch nach Dotaljahren gerechnet wird (S. 246—248), ein Dotaljahresertrag Dividend ist, so ist damit noch keineswegs festgestellt, wann dieser Ertrag erlangt sein kann oder muß, um in die Rechnung einzugehen und zur Vertheilung zu kommen. Zwar daß die zu vertheilende Frucht vor und daß sie nach der Auflösung der Ehe perzipirt sein kann, ist ein Punkt, über

den, wie wir sahen (S. 225, 226), Alle einverstanden sind[40]). Ob aber die zu vertheilende Frucht auch erst nach Ablauf des Dotaljahres, in das die Trennung fällt, erworben werden könne, oder gar müsse, das ist eine Streitfrage.

Ein Kornfeld sei Dos und gebe jährlich eine Ernte, die Ende Juli gemacht wird.

Ehe und Dotalität habe begonnen am 1. April 1890 und geendigt am 30. Juni 1892:

So ist man einig[41]), daß der Mann behält die Ernte von 1890 ganz und ebenso die von 1891, und daß ihm von der Ernte 1892, welche nach Auflösung der Ehe erfolgt, eine Quote zuzutheilen ist, und zwar diejenige, welche gleich ist dem Bruchstück des letzten Dotaljahres. Dieses beträgt (April, Mai, Juni) $^1/_4$, daher der Mann von der Ernte 1892 ein Viertel zu bekommen hat[42]).

Behält man den gesetzten Fall in allem Anderen bei, nimmt aber an, die Ehe sei am 30. September 1892 aufgelöst werden: so ist die Entscheidung streitig. Zwar daß der

40) Abgesehen von der oben erwähnten Sondermeinung Bechmanns.

41) Wie schon von Czyhlarz, Dotalrecht S. 241 zu Anm. 11 gesagt worden ist. Petrazycki hat sich über diesen Fall nicht besonders ausgesprochen. Allein in Anwendung seiner am Schluß des vorigen Abschnitts angegebenen und zurückgewiesenen „Theilungsmethode“ würde er dem Manne $^4/_{12}$ der „Früchte des Dotaljahres“ zuweisen, welche Früchte nach ihm aus der Ernte vom 31. Juli 1892 und $^8/_{12}$ der Ernte von 1893 bestehen, da auf diese Ernte von 1893 8 Monate (August — März) „der cura noch innerhalb des Dotaljahres verwendet sind“.

42) Nach der Meinung von Bechmann, Dotalrecht II S. 195 — „Die wievielte Quote eines Jahres die Ehe in dem folgenden (scil. der letzten vom Manne gemachten Ernte folgenden) Wirthschaftsjahre noch dauert, die sovielte Quote bekommt der Mann von den Früchten der nächsten Ernte“ — würde der Mann $^{11}/_{12}$ der Ernte von 1892 erhalten, da die Ehe in dem mit dem 1. August 1891 beginnenden Wirthschaftsjahr 11 Monate (August — Juni) gedauert hat. Zur Kritik jener Meinung s. Czyhlarz, Dotalrecht S. 242 Anm. 15.

Mann die Ernten von 1890 und 1891 ganz behält, ist wieder allgemein anerkannt. Allein die Fruchtvertheilung gemäß dem weiteren Dotalsemester (vom 1. April bis zum 30. September) ist bestritten. Nicht zwar die Größe des Dividenden und die Größe des Antheils: man ist einig [43], daß jene ein Jahresertrag und diese die Hälfte desselben (entsprechend dem Dotalsemester) ist. Aber von wann (von welcher Aussaat) datirt der zu vertheilende Jahresertrag?

Es ist wahr, vom letzten Dotalsemester fallen 4 Monate ($^2/_3$) in das mit der Ernte vom 31. Juli 1892 schließende Wirthschafts- oder Fruchtjahr, während 2 Monate (August und September oder $^1/_3$ jenes Semesters) in das mit dem 1. August beginnende neue Wirthschafts- oder Fruchtjahr fallen.

Nach der einen Meinung ist dies gleichgültig. Nach dieser Meinung bekommt der Mann die Hälfte der letzten von ihm gemachten Ernte (1892) (wie er im vorigen Fall ein Viertel dieser Ernte von 1892 bekam) und hat die andere Hälfte herauszugeben. Hier spielen die zweierlei Fruchtjahre keine Rolle.

Nach der andern Meinung machen sich die zweierlei Fruchtjahre folgendermaßen geltend:

Zwar erhält der Mann den 6 Monaten des unvollendeten Dotaljahres entsprechend $^6/_{12}$, aber diese $^6/_{12}$ werden verschiedenen Ganzen entnommen. Der Mann bekommt nämlich von seiner letzten Ernte (31. Juli 1892) nur $^4/_{12}$ entsprechend denjenigen 4 Monaten des letzten Dotaljahres (April, Mai, Juni, Juli), welche dem mit dem 31. Juli 1892 schließenden Fruchtjahr angehören — die übrigen $^8/_{12}$ hat er her-

43) Die abweichende Meinung von Petrazycki ist am Schluß des vorigen Abschnittes und durch letzteren zurückgewiesen worden. Sie soll auch durch die fernere Untersuchung, besonders unter IV, als unhaltbar gezeigt werden.

auszugeben. Außerdem erhält er $^2/_{12}$ von der Ernte des Jahres 1893 (31. Juli) entsprechend den beiden Monaten des letzten Dotaljahres (August und September 1892), welche in das mit dem 1. August 1892 beginnende (mit dem 31. Juli 1893 schließende) Fruchtjahr fallen.

Bei dieser zweiten Meinung oder Berechnung

a) ist die Differenz von Fruchtjahren relevant,

b) bekommt der Mann Früchte, die zwar noch im Dotaljahr vorbereitet, aber erst nach Ablauf des Dotaljahres perzipirt worden sind, und

c) ergiebt diese zweite Meinung die Kombination, daß der Mann vom Gewonnenen einen Theil herauszugeben und vom Nichtgewonnenen einen Theil zu empfangen hat [44]).

Diese drei Thatsachen a—c sind für die zweite Berechnung charakteristisch:

Denn bei der ersten Meinung ist die Differenz der Fruchtjahre irrelevant [45]), erhält (im ersten Fall: S. 265 oben) resp. behält (im zweiten Fall: S. 265/6) der Mann stets nur innerhalb

---

44) Natürlich bezieht sich dies auf die Früchte einer Fruchtsache. Denn wo die Dos aus zweierlei Fruchtsachen besteht, deren eine ihre Ernte (z. B. 31. Juli) noch vor der am 30. September erfolgenden Trennung, die andere ihre Ernte nach der Trennung (z. B. 31. Oktober) liefert, da kann, weil hier die beiden Fälle (S. 265 und S. 266) zusammenkommen, auch nach der ersten Meinung die Kombination eintreten, daß der Mann vom Gewonnenen (Ernte des 31. Juli) einen Theil herauszugeben und vom Nichtgewonnenen (Ernte des 31. Oktober) einen Theil zu empfangen hat. Diese schon oben (S. 242—245) besprochene Kombination hat mit der des obigen Textes nichts zu schaffen, was von Petrazycki S. 11 Z. 8 v. o. fg. bei seiner Polemik gegen Czyhlarz übersehen worden ist.

45) Für die Fruchttheilung, mit der allein wir es zu thun haben. Hingegen könnten Impensen, die der Mann zur Gewinnung der Früchte des neuen, nach dem Dotaljahr schließenden Fruchtjahres gemacht hat, in Anschlag und von der durch ihn zu restituirenden Fruchtportion in Abzug kommen. Nur auf von ihm gewonnene Früchte gemachte Impensen haben im Auge L. 7 pr. § 16, L. 8 § 1 D. 24, 3, L. 8 § 1 D. 25, 3.

des Dotaljahres Perzipirtes, und findet für ihn nur entweder ein Bekommen statt (falls die Ernte nach der Ehe erfolgt: S. 265), oder aber ein Behalten (falls die Ernte noch in die Ehe fällt: S. 266).

Die zweite Meinung wird von Petrazycki S. 9—12 als die herrschende bezeichnet, auch von ihm selbst getheilt und verfochten. Jedoch unterscheidet sich, wie aus dem Bericht am Ende des vorigen Abschnitts (II) hervorgeht, Petrazycki in zwei Punkten von den bisherigen Vertretern dieser herrschenden Meinung. Denn

a) gewährt P. dem Manne nicht zwei, möglicherweise verschiedene Quoten, nämlich eine der ehelichen und eine der nach ehelichen Ernte — s. das Beispiel oben S. 266/7 — sondern nur eine, die gleiche von allen Früchten, welche nach P.'s Annahme in das letzte Dotaljahr fallen[46]);

b) bringt P. zur Vertheilung nach Maßgabe der Ehezeit des Dotaljahres mehr als einen Jahresertrag (oben S. 263, 264), während die anderen Vertreter der „herrschenden" Meinung nur einen Jahresertrag vertheilen, der sich freilich aus zwei Jahrgängen zusammensetzt oder zwei Daten hat.

Da jedoch die beiden eben sub a und b erwähnten Punkte im Verhältniß zu den S. 267 genannten charakteristischen Merkmalen der „herrschenden" Meinung untergeordnet sind, und auch die von Petrazycki verfochtene diese charakteristischen Merkmale trägt, so dürfen wir ihn trotz der erwähnten Dif-

46) Was dabei Petrazycki S. 13 al. 1 gegen die Gewährung von zwei Quoten einwendet — nämlich daß die Quellen pro rata anni, pro portione anni und nicht pro ratis, pro portionibus sagen, und nirgends diese rata von den Fruchtperioden abhängig ist — erscheint nicht als stichhaltig. Denn maßgebend, nämlich den Hauptdivisor bildend ist auch für die bisherigen Vertreter der herrschenden Meinung eine Rate oder Portion des Dotaljahres, und nicht diese ist, sondern die Unterabschnitte, in die sie sie zerlegen, sind ihnen von den Fruchtperioden abhängig.

ferenzen als Verfechter derselben anführen, und die folgende Widerlegung betrifft auch seine Verfechtung [47]).

---

47) Dabei hat er, wie Andere vor ihm, dieser „herrschenden" Meinung einen irreführenden Ausdruck gegeben. Denn er sagt S. 9: „dagegen, wenn im letzten Dotaljahre die Theile von zwei Fruchtperioden enthalten sind." Das trifft nämlich wörtlich auf die beiden oben S. 265 und 266 unterschiedenen Fälle zu; denn wenn das Dotaljahr am 1. April beginnt und am 31. März schließt, so sind „im letzten Dotaljahre die Theile von zwei Fruchtperioden enthalten", sowohl wenn die Ehe am 30. Juni, als wenn sie am 30. September endigt, falls die Fruchtperiode mit dem 31. Juli zu Ende geht. Das Gleiche ist zu sagen von den Fassungen z. B. bei Vangerow, Pand. I S. 409 („Sehr streitig dagegen ist der zweite Fall, wenn in dem letzten Ehejahre zwei Fruchtperioden zusammentreffen") und von Windscheid, Pand. II § 501 Anm. 8 („Anders die herrschende Ansicht für den Fall, wo in dem letzten Dotaljahr zwei Fruchtperioden zusammentreffen"). Man könnte nach diesen Fassungen wähnen, daß die besagte „herrschende" Meinung auch im ersten, S. 265 gesetzten Fall auf die Ernten der zwei Fruchtperioden Rücksicht nehme, welche (Perioden) im letzten (mit 31. März 1893 endigenden) Dotaljahr zusammentreffen oder enthalten sind, also auf die Ernte vom 31. Juli 1892 und die Ernte vom 31. Juli 1893, obwohl die Ehe schon am 30. Juni 1892 aufgelöst worden ist. Allein aus den Beispielen, welche Vangerow und Windscheid anführen — Beispiele, welche nur dem S. 265/6 gesetzten Fall entsprechen — ist wahrscheinlich, daß sie unter dem von ihnen genannten letzten „Dotaljahr" nur das Bruchstück desselben verstanden wissen wollen. Dieses Bruchstück gehört im Fall der S. 265 nur einer Fruchtperiode an, während im Fall der S. 265/6 in ihm zwei Fruchtperioden zusammentreffen oder enthalten sind. Daß nur der letztere Fall Gegenstand der Kontroverse ist, giebt Wächter, Pand. II S. 570 Anm. 30 (selbst Anhänger der herrschenden Meinung) korrekt an in den Worten: „Sehr bestritten ist es aber, wie die Früchte zu theilen sind, wenn die Ehe im Laufe eines Fruchtjahres anfing und im Laufe eines anderen Fruchtjahres sich endigte". Und ebenso korrekt giebt Czyhlarz, Dotalrecht S. 241 jene Meinung an, wenn er sie sagen läßt, „das Theilungsobjekt bestimme sich nach dem Ertrag der Fruchtperioden, in welche die Dauer der Ehe während des letzten Dotaljahres fällt", und sie auf den Fall bezieht, daß „die Dauer der Ehe während des letzten Jahres in zwei Fruchtperioden fällt". Wir dürfen daher bei der oben folgenden Bekämpfung der „herrschenden" Meinung uns darauf beschränken,

Die zweite oder herrschende Meinung wird nämlich durch die Quellen nicht unterstützt, sondern widerlegt, muß daher der ersten weichen:

1. Sie hat keine Stütze an L. 7 § 1 D. 24, 3. Denn:

a) treffen hier zwar in der maßgebenden Totalzeit von vier Monaten zwei Fruchtjahre zusammen (da mit der Weinlese das eine zu Ende geht und nach derselben ein neues anhebt), allein dieses Zusammentreffen ist ohne Einfluß auf die Fruchttheilung[48]). Der Mann bekommt sein Drittel aus seinen Einnahmen ohne Unterscheidung der Fruchtjahre, aus welchen sie stammen, und er würde, ausweislich der anderen Stellen (z. B. Paul. r. s. II, 22, 1), dieses Drittel auch bekommen, wenn es nicht mehr während der Ehe und wenn es nicht mehr während des Dotaljahres zur Verpachtung des Weinbergs gekommen wäre. Denn:

α) der Vierteljahrpachtzins verbleibt dem Manne nicht und er verbleibt ihm nicht als die Portion des Pachtzinses die dem in die Dotalzeit fallenden Theil des zweiten Fruchtjahres entspricht — welches Verbleiben die herrschende Meinung postuliren muß. Vielmehr wird jener Vierteljahrpacht-

den eben festgestellten Sinn derselben vorauszusetzen. Was aber Petrazycki betrifft, so ist nach seiner am Schluß des vorigen Abschnittes angegebenen „Theilungsmethode" kaum zu bezweifeln, daß er die zwei Fruchtperioden in den beiden hier S. 265 und S. 265/6 angeführten Fällen in Anschlag bringt, also die „herrschende" Meinung wörtlich so vertritt, wie er sie darstellt. Da aber dieser Sinn über den eben festgestellten noch hinausgeht (denn wenn im Dotaljahrstück zwei Fruchtperioden zusammentreffen, da gilt dies auch vom letzten Dotaljahr, aber nicht immer umgekehrt,) so ist die oben folgende Polemik auch gegen die Petrazycki'sche Vertretung der „herrschenden" Meinung gerichtet. Ist sie im engeren Sinn ihrer bisherigen Vertreter nicht haltbar, so kann sie natürlich nicht noch ein größeres Geltungsgebiet in Anspruch nehmen.

48) Da dies auch nach der Meinung Petrazycki's der Fall ist (oben S. 263 unten — im Gegensatz zu S. 263 al. 2: Berechnung der Früchte), so wird dieselbe von dem hier oben sub a) Gesagten nicht getroffen.

zins mit der Weinernte verschmolzen und dieser Summe jenes Drittel (des Jahresertrags) entnommen. Der Vierteljahrpachtzins ist daher nicht ein Posten im Antheil des Mannes (wie die $^{3}/_{12}$ im Beispiel S. 267), sondern ein Posten der Einnahmen, aus welchen erst durch Reduktion und Division der Antheil des Mannes berechnet wird.

β) wird das dem Manne entsprechend der Dotalzeit zuzutheilende Drittel nicht dadurch gewonnen, daß die $^{4}/_{12}$ des Jahres unterschieden werden, je nachdem sie in das mit der Weinernte schließende und in das folgende Fruchtjahr fallen, so daß der Mann von der Ernte $^{1}/_{12}$ und vom Pachtzins $^{3}/_{12}$ erhielte (weil der ins Erntejahr fallende Theil der Dotalzeit 1 Monat, der in's Pachtjahr fallende Theil 3 Monate beträgt). Sondern was der Mann in der maßgebenden Dotalzeit eingenommen hat, wird ohne Unterschied der Fruchtjahre, denen es entstammt, zusammengeworfen und zur Lieferung des Drittels verwandt [49]).

b) bekommt nach der zweiten Meinung (S. 267ᵇ) der Mann Früchte, die erst nach Ablauf des Dotaljahres perzipirt werden. Dagegen sind die Einnahmen, aus denen in L. 7 § 1 die dem Mann gebührende tertia portio entnommen wird, sämmtlich noch im Dotaljahr, ja sogar noch im maßgebenden Stück desselben gemacht worden oder angefallen. (Vergl. oben Anm. 26 S. 254, 255.)

c) liefert die zweite Meinung die Kombination (S. 267ᶜ), daß der Mann von seiner Einnahme einen Theil behält, den anderen herausgiebt und von einer (außerhalb des Dotaljahres aufkommenden) Einnahme einen Theil empfängt, während in L. 7 § 1 ein bloßes Behalten für den Mann stattfindet (viro

---

49) Das Nämliche hat bei unserer Stelle gegen die herrschende Meinung schon Czyhlarz, Dotalrecht S. 252 eingewandt.

relinquatur, unter Restitution des Ueberschusses), nicht auch ein Empfangen aus späterer Einnahme.

d) behauptet zwar Petrazycki S. 11 von unserer Stelle, man habe bisher nicht leugnen können, „daß darin auch die Früchte der zweiten Fruchtperiode in Betracht gezogen sind": allein dies ist unzutreffend. Denn in Betracht gezogen sind in der Stelle nicht die Früchte der zweiten Fruchtperiode, sondern nur Früchte derselben, da ja der Vierteljahrpachtzins nicht die Frucht der zweiten Fruchtperiode ist, sondern nur ein Theil derselben. Ein „in Betracht ziehen" der Früchte beider oder zweier Fruchtperioden wäre erst dann gegeben, wenn neben den vindemiae fructus (den Früchten der ersten Periode) die merces instantis anni (der Jahrespachtzins) in Betracht gezogen wäre. Das Letztere ist aber nicht geschehen[50]).

2. Nach Petrazycki ist L. 7 § 1 D. 24, 3 „die einzige Stelle, welche einen Fall des Zusammentreffens von zwei Fruchtperioden in einem Dotaljahre behandelt"[51]). Es ist schon danach schwer einzusehen, wie „einen ferneren Beweis" für die in Rede stehende zweite Meinung eine andere Stelle, nämlich L. 7 § 9 D. 24, 3 zu liefern vermöge:

Non solum autem de fundo, sed etiam de pecore idem dicemus, ut lana ovium fetusque pecorum praestaretur.

---

50) Wenn der Ehemann nach Einbringung der Weinernte den Weinberg nicht verpachtet hätte, so würde sein Fruchtanspruch $^1/_8$ der von ihm gemachten Weinlese betragen haben, und nicht noch $^1/_4$ der folgenden Weinlese zur Distribution gekommen sein, wie in L. 7 § 1 mit dem Viertel des Pachtgeldes geschehen ist. Dies lehrt uns, daß der Vierteljahrpachtzins, nicht weil er der folgenden noch ins Dotaljahr fallenden Fruchtperiode angehört, zur Distribution kommt, sondern nur weil er eine vom Manne gemachte Einnahme ist. Vergl. S. 255 Anm. und S. 275/6.

51) Dabei hat er die unmittelbar vorangehende Stelle L. 7 pr. D. 24, 3 übersehen (S. 240), wo von dem mit der Uebergabe des Weinbergs beginnenden Dotaljahr 1 Monat in die mit der Weinlese endigende Fruchtperiode fällt, während die übrigen 11 Monate der folgenden Fruchtperiode angehören.

Quare enim, si maritus prope partum oves doti acceperit, item proximas tonsurae, post partum et tonsas oves protinus divortio facto nihil reddat? Nam et hic fructus toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur,[52]) rationem accipere debemus.

Der Eingangssatz bezieht sich auf das im Vorausgehenden an Grundstücksfrüchten entwickelte Prinzip, daß dieselben proportional der Totalzeit getheilt werden. Wie in L. 7 § 1 der Fall gesetzt war[52a]), daß der Mann nahe der Weinlese den Weinberg zur Dos erhält, und gleich nach der Weinlese die Scheidung eintritt, wo es evident ist, daß der Mann nicht die ganze Frucht behalten kann (**alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit**), so ist in unserer Stelle der Fall angenommen, daß der Mann Thiere nahe dem Wurf oder der Schur zur Dos empfängt und gleich nach Wurf und Schur die Scheidung erfolgt. Die Frage, ob er solchenfalls **nihil reddat**, wird stillschweigend verneint. Die Verneinung liegt (auch abgesehen von der Fassung der Frage) einmal in dem Hinweis auf das für die Grundstücke geltende Prinzip, das auch für die Thierfrüchte gelte. Und sie liegt ferner in der Forderung, nicht die Perzeptionszeit, sondern die ganze Vorbereitungszeit in Rechnung zu bringen, was im gegebenen Fall zur Folge hat, daß der Mann von den Einkünften den größeren Theil herausgeben muß. Wie man sieht, handelt die Stelle ausschließlich von der

---

52) in schaltet Mommsen hier ein. Vangerow I S. 410 schaltet nichts ein, liest aber fructuum statt fructus.

52a) den schon Scaevola erledigt hatte nach L. 7 pr. eod. — nam si mulier pridie vindemias doti dedit, mox sublatis a marito vindemiis divortit, non putat ei undecim dumtaxat mensum fructus restitui —. Oben S. 240 und Anm. 25.

Vertheilung durch den Mann perzipirter Früchte und sie ist damit untauglich für den Beweis, daß dem Mann auch nicht von ihm und gar nach dem Dotaljahr perzipirte Früchte zuzutheilen seien. Namentlich giebt sie gar keine Stütze für die Annahme, daß außerhalb des Dotaljahres anfallende Früchte in Rechnung kommen, daß auf deren Kuration zu sehen ist. Wenn daher im Hinblick auf L. 7 § 9 cit. Petrazycki S. 12 sagt, „daß die Kuration der Früchte der zweiten Fruchtperiode auch im Dotaljahre geschieht, folglich nur deren Hinzurechnung zu den Früchten des Dotaljahres pro toto tempore, quo curantur, mit dem allgemeinen Ausspruch Ulpians vereinbar ist": so dürfte die hierin liegende petitio principii von selbst einleuchten. Die Früchte, sagt Ulpian, müssen wir nach der Zeit ihrer Pflege, nicht ihrer Einheimsung berechnen. Was das aber für Früchte sind, die nach jener Zeit zu berechnen sind, ob Früchte eines Fruchtjahres oder solche zweier Fruchtjahre oder des zweiten Fruchtjahres: das sagt Ulpian nicht. Indem er ein praestaretur vorschreibt und indem er fragt: quare enim, si — reddat? giebt er kund, daß er sich mit den Antheilen der Gatten oder mit den einem Gatten zukommenden fructus und nicht mit der Theilungsmasse beschäftigt. Er giebt daher auch in der Antwort an, welche Zeit maßgebend ist für diese Antheile, indem nicht nach der Zeit der Perzeption der Antheil sich bestimmt, sondern nach der Zeit, die auf die cura verwendet worden ist. Mit keinem Worte deutet er aber an, daß die Früchte, deren cura ins Dotaljahr fällt, darum (sei es alle, sei es soweit ihre cura ins Dotaljahr fällt) unter den Ehegatten zur Vertheilung, zunächst in Rechnung zu bringen seien. Man muß danach sagen, daß es im Umkreis unserer Quellen nicht eine einzige Stelle giebt, auf welche sich die zweite, hier bekämpfte „herrschende" Meinung zu

stützen vermag[53]). Wohl aber sind in den Quellen schwere Argumente gegen dieselbe enthalten.

3. Wenn Paul. r. s. II, 22, 1 sagt:

Fructus fundi dotalis constante matrimonio percepti lucro mariti cedunt, etiam pro rata anni eius, quo factum est divortium,

so spricht er zwar nur von den während der Ehe (der Dotalzeit) perzipirten Früchten, also nicht von dem S. 265 erwähnten ersten Fall, da Früchte nach der Ehe im Dotaljahr perzipirt worden sind[54]). Wohl aber erklärt er, daß die während der Ehe (Dotalzeit) perzipirten Früchte — der zweite (streitige) Fall, S. 265/6 — dem Mann nach Maßgabe des letzten Dotaljahres zufallen. Damit ist die Streitfrage in unserem Sinn entschieden. Denn damit ist entschieden, daß der Mann von der letzten Ernte, die er gemacht hat, eine der Portion des Dotaljahres äquale Portion behalten darf — in unserem Beispiel die Hälfte der Ernte von 1892 — mag auch nach der Ernte die Dotalzeit sich noch in die neue Fruchtperiode erstrecken. Und ferner sagt Paulus kein Wort davon — was er, wenn keine Lücke sein sollte, nach der zweiten Meinung hätte thun müssen — daß dem Manne von den Früchten

---

53) Aus der Thatsache, daß von Petrazycki S. 9/10 bei Angabe der herrschenden Meinung — „dann werden zur Berechnung der Früchte des Dotaljahres sowohl die perzipirten Früchte (der Ertrag der schon beendeten Fruchtperiode) als auch die zukünftigen Früchte (»spes futurae vindemiae, Aussicht auf das Ergebniß der erst begonnenen Fruchtperiode) in Betracht gezogen" — Worte der L. 7 § 3 D. 24, 3 citirt werden, könnte Jemand schließen, daß L. 7 § 3 cit. eine die herrschende Meinung stützende Stelle sei. Allein diese Stelle behandelt wie sich S. 242, 243 gezeigt hat, zwei Fruchtsachen und ist nach dem in Anm. 44 Gesagten darum bei dem vorliegenden Problem nicht zu verwenden, demselben vielmehr ganz fremd.

54) welcher Fall von der in Rede stehenden Kontroverse nicht berührt wird; jedoch s. Anm. 41.

des neuen Fruchtjahres, in das sich die Dotalzeit nach der Ernte erstreckt, eine Quote herauszugeben sei. Das Zusammentreffen zweier Fruchtjahre in der maßgebenden Dotalzeit ist für Paulus völlig gleichgültig.

4. In L. 7 § 15 D. 24, 3 sind drei Fälle oder Möglichkeiten angeführt:

Interdum marito de fructibus a muliere cavetur et nihil retinet, si fructibus stantibus fundum mulier recipiet: interdum retinebit tantum maritus et nihil restituet, id est si non plus erit, quam pro portione eum retinere oportet› interdum vero et reddet, si plus percepit quam eum retinere oportet.

a) Wenn die Ehe sich löst vor der Ernte, so kann der Mann nichts von derselben retiniren, sondern nur Kaution für den ihm gebührenden Antheil der künftigen Ernte erhalten. (Fall der S. 226 Anm. 3 und der S. 265 oben.)

b) Wenn die Ehe sich löst zu einer Zeit, da der Mann an Dotalfrüchten so viel und nicht mehr vereinnahmt hat, als die ihm gebührende Portion ausmacht, so behält er das und hat nichts zu restituiren.

c) Wenn die Ehe sich löst, nachdem der Mann mehr eingenommen hat, als er behalten soll, so muß er den Mehrbetrag herausgeben [54a]).

Einen vierten Fall kennt der Jurist nicht, sonst hätte er ihn bei seiner Aufzählung nicht unerwähnt lassen dürfen. Es giebt für ihn keinen vierten Fall [55]). Aber die hier bekämpfte

54a) Der Fall S. 225 Anm. 1 u. S. 266 al. 2. Das et in den Worten et reddet ist mit Bezug auf den vorausgehenden Fall gesagt. Denn wenn der Mann im dritten Fall zurückgiebt, was mehr ist, als er retiniren darf, so darf er auch retiniren, nämlich das ihm Gebührende. Das reddere ist etwas im dritten Fall Hinzukommendes.

55) Da in der Stelle nur von einer fruchttragenden Sache (fundus) die Rede ist, so ist die S. 242 besprochene Kombination ausgeschlossen.

Meinung stellt einen vierten Fall auf. Wenn im letzten, laufenden Dotaljahr, d. h. dem Bruchstück desselben, zwei Fruchtjahre zusammentreffen, so hat nach ihr der Mann sowohl herauszugeben als auch zu empfangen — herauszugeben im Beispiel der S. 265 unten einen Theil der Ernte von 1892, und zu empfangen einen Theil der Ernte von 1893. Für diesen letzteren Theil wäre ihm zu caviren, während er einen Theil der Ernte von 1892 behält. Somit stellt die „herrschende" Meinung eine Möglichkeit auf, die von den drei durch den römischen Juristen erörterten verschieden ist, da zu denselben nicht der Fall gehört, daß der Mann retinirt und an künftigem Ertrag betheiligt wird (d. h. Kaution empfängt). Die „herrschende" Meinung steht danach außerhalb des römischen Systems, ist mit demselben nicht vereinbar.

5. Die hier bekämpfte Meinung ergiebt gegenüber L. 31 D. 23, 4 und C. un. § 9c C. 5, 13 eine Zweideutigkeit, welche nicht wohl erträglich ist und sich bei Annahme der ersten Meinung nicht einstellen kann. Denn wenn es

a) in L. 31 cit. heißt: Si inter virum et uxorem convenit, ut extremi anni matrimonii fructus nondum percepti mulieris lucro fiant —

so sind diese Früchte des letzten Jahres, die noch nicht (d. h. zur Zeit der Trennung noch nicht) perzipirt sind, nach der ersten Meinung einfach die nach Auflösung der Ehe im Dotaljahre zu perzipirenden (S. 265 oben: die Ernte vom 31. Juli 1892) und keine anderen. Dahingegen nach der zweiten Meinung umfaßt der Ausdruck extremi anni matrimonii fructus nondum percepti beide S. 265 oben u. unten angeführten Fälle.

Nach dem Anm. 44 Gesagten stellt dieselbe nicht einen eigenen Theilungsfall, sondern nur die auf der Verschiedenheit der Fruchtsachen beruhende Verbindung (gleichzeitiges Vorkommen) zweier Theilungsfälle dar. Vergl. Anm. 53.

Denn nach dieser Meinung sind solche Früchte nicht bloß die ganze Ernte vom 31. Juli 1892, wenn die Ehe am 30. Juni aufgelöst worden ist (Beginn des Dotaljahres am 1. April), sondern auch ein Theil der Ernte vom 31. Juli 1893, wenn die Ernte am 30. September 1892 aufgelöst worden ist, (gleiches Dotaljahr vorausgesetzt). Es braucht kaum gesagt zu werden, wie wenig plausibel diese bei der zweiten Meinung unvermeidliche Doppeldeutigkeit ist. Auch ist es nicht wahrscheinlich, daß die Ehegatten ihr Paktum auf verschiedene Jahrgänge haben erstrecken wollen.

b) Ferner in C. un. § 9^c C. cit.: Sed et **novissimi anni**, in quo matrimonium solvitur, **fructus** — bedeutet der Ausdruck novissimi anni fructus nach der hier vertretenen Meinung nur in diesem letzten (Dotal-) Jahr (vor oder nach der Ehetrennung) perzipirte Früchte. Dagegen nach der hier bekämpften Meinung bedeutet jener Ausdruck sowohl im Scheidungsjahr als in dem dem Scheidungsjahr folgenden Dotaljahr perzipirte Früchte, die letzteren, insofern sie noch im Scheidungsjahr präparirt worden sind. Daß aber als Früchte des Scheidungsjahres (fructus novissimi anni) bald in diesem perzipirte, bald in demselben nur präparirte gelten, ist eine Doppeldeutigkeit, die man wohl für unerträglich erklären kann. Hat aber, wofür man sich dann zu entscheiden hat, der Verfasser der Stelle den Doppelsinn nicht intendirt und unter fructus novissimi anni nur in diesem Jahr perzipirte Früchte verstanden, so ist die zweite Meinung, welche auch später perzipirte Früchte zur Vertheilung bringt, ausgeschlossen.

So ergeben denn die unter 3—5 angeführten Stellen und angestellten Erörterungen die Unhaltbarkeit der zweiten und die Haltbarkeit der ersten Meinung, und ferner ist diese mit den unter 1 und 2 citirten Stellen ebenso vereinbar, wie

durch dieselben die zweite Meinung nicht begründet wird. Giebt man danach die zweite Meinung auf, so hat man auch von dieser Seite — in Ansehung des Datums des zu vertheilenden Dosertrags — Grund, sich mit der am Schluß des vorigen Abschnittes vorgetragenen Erklärung von L. 7 § 1 D. 24, 3 zu befreunden. Denn spielt das Zusammentreffen von zwei Fruchtjahren in der maßgebenden Dotalzeit keine Rolle in der Fruchtvertheilung, so kann man, entgegen den bisherigen Deutungen, welche auf jenes Zusammentreffen Gewicht gelegt, hierin die Schwierigkeit und den Grund der vermeintlich anomalen oder singulären Entscheidung gefunden haben, auch in unserer L. 7 § 1 D. 24, 3 die einfache Anwendung des einfachen Theilungsprinzips — daß des Mannes Antheil den Theil eines Jahreseinkommens beträgt, der dem abgelaufenen Theil des Dotaljahres gleich ist — erblicken und in dieser Einfachheit eine Gewähr der Wahrheit des Ergebnisses finden, denn simplex sigillum veri.

IV.

Sehr komplizirt hingegen ist das Ergebniß, zu welchem der neueste Bearbeiter unseres Themas, Petrazycki, gelangt ist. Wir haben schon gesehen (unter II und unter III), daß er in allen Fällen, in denen das Dotaljahr nicht mit dem Fruchtjahr zugleich beginnt, wo also im Dotaljahr ein Fruchtjahr endigt und ein neues anfängt,

1) zur Vertheilung bringt mehr als einen Jahresertrag,

2) den Mann sowohl als die Frau an den Jahreserträgen jener beiden Fruchtjahre (an zwei Jahrgängen) Theil nehmen läßt,

3) des Mannes Antheil bestimmt als einen dem Bruchstück des letzten Dotaljahres gleichen Theil nicht nur

der Jahreseinnahme, die der Mann selber in diesem Zeitraum gemacht hat, sondern auch einer gewissen Portion von der folgenden, der Frau zufallenden Jahreseinnahme. Diese, ebenfalls **pro rata anni** zu theilende Portion entspricht dem Theil des zweiten Fruchtjahres, der in das Dotaljahr fällt. Wenn daher das Dotaljahr am 1. Oktober beginnt, die Ehe am folgenden 31. Januar endigt, der Dosweinberg vom Mann im Oktober abgeerntet und am 1. November in Jahrespacht gegeben wird, so würde des Mannes Antheil $^1/_3$ jener Ernte und des auf die 11 Monate des Pachtjahres treffenden Pachtzinses betragen, welche noch ins Dotaljahr fallen;

4) der Frau Antheil bestimmt als den übrigen Theil der vom Manne gemachten und den übrigen Theil der ihr selbst zufallenden Jahreseinnahme,

5) also der Frau einen Anspruch giebt auf die Theile der durch den Mann gemachten Einnahme, welche dessen Antheil übersteigen und

6) zugleich dem Manne einen Anspruch giebt auf den Theil der durch die Frau gemachten Einnahme, welcher zur Ergänzung des unter Nr. 3 bestimmten Mannesantheils gehört. Das würde im obigen Beispiel $^1/_3$ des der Frau zufallenden Pachtzinses für 11 Monate sein; und sollte durch dreimonatigen Pachtablauf während der Ehe der Mann selber eine entsprechende Theilpachtzinsforderung erlangt haben, so würde er von der Frau nur $^1/_3$ des Pachtzinses für die übrigen 8 (von den 11) Monaten zu fordern haben. In diesem Falle hätte ihrerseits die Frau nicht bloß $^2/_3$ von der Weinlese, sondern auch $^2/_3$ vom Dreimonatspachtzins zu fordern.

Die vorstehende Theilungsmethode hat in Nr. 1 und Nr. 2 zwei Grundlagen, deren Hinfälligkeit durch die beiden vorigen Abschnitte (II und III) erwiesen werden sollte, indem — von apriorischen Erwägungen zu schweigen — die Quellen

theils vorschrieben, theils zuließen, den Dividenden dahin zu bestimmen, daß bei Theilung gemäß dem Dotaljahr er sich auf einen Jahresertrag beläuft, und nicht zwei Jahrgänge in Rechnung gezogen werden.

Die vorstehende Theilungsmethode wird von ihrem Urheber für „quellenmäßig" erklärt. Er findet sie in L. 7 § 1 und § 2 D. 24, 3 angewandt, aber schon durch die „anderen Quellenaussprüche" begründet.

Da nach Petrazycki S. 15 die L. 7 § 1 „die einzige Stelle ist, welche einen Fall des Zusammentreffens von zwei Fruchtperioden in einem Dotaljahre behandelt" [56]), so ist von vornherein schwer einzusehen, wie die auf diesen Fall eingerichtete Theilungsmethode durch „andere Quellenaussprüche" begründet werden könnte.

Von römischen Quellenaussprüchen, welche sich mit der Vertheilung der Dosfrüchte befassen, sind uns (außer L. 7 § 1 und § 2 D. 24, 3) nur bekannt: L. 78 § 2 D. 23, 3. L. 31 D. 23, 4. L. 5. L. 6. L. 7 pr. § 3 — § 16. L. 8. L. 9. L. 11. L. 25 § 4. L. 31 § 4 D. 24, 3. Paul. r. s. II, 22, 1 und C. un. § 9 C. 5, 13, und andere hat auch Petrazycki nicht angeführt. Von diesen Stellen (außer L. 7 § 1 und § 2 cit.) kann man wohl, ohne Widerspruch befürchten zu müssen, sagen: aus keiner einzigen von ihnen läßt sich die von Petrazycki aufgestellte Theilungsmethode entnehmen und ebensowenig aus einer Verbindung mehrerer von ihnen oder ihrer aller. Gewiß ist ihm auch nicht durch diese Stellen seine Methode eingegeben worden. Unsererseits haben wir die meisten von diesen Stellen in den beiden vorigen Abschnitten zur Begründung unserer Annahme vom Quantum und vom Datum

56) wogegen Anm. 51.

des Dividenden verwerthen können, mit welcher Annahme die in Rede stehende Methode nicht existiren kann.

Was nun aber L. 7 § 1 und § 2 anlangt, welche diese Methode in der Anwendung zeigen sollen, also recht eigentlich ihre Existenz begründen sollen, so können sie diesen Dienst unserem Autor nur unter der Voraussetzung eines zwischen § 1 und § 2 obwaltenden Zusammenhanges leisten, für dessen Voraussetzung in den Stellen selbst nicht der geringste Anhaltspunkt gegeben ist. Der im römischen Texte selber ausgedrückte, nämlich durch „E contrario quoque idem observandum est“ ausgedrückte Zusammenhang ist, wie wir früher (bei Anm. 37) gesehen haben, der, daß beide §§ der Darlegung der an die Spitze von § 1 gestellten Regel dienen: fructus dividi non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit, in der Weise, daß § 1 einen Fall bringt, in welchem bei Nichtbefolgung der Regel die Frau, § 2 einen Fall, in welchem bei Nichtbefolgung jener Regel der Mann zu kurz kommen würde. Nach Petrazycki aber sollen die beiden §§ noch überdies darin zusammenhängen, daß sie zusammen die Anwendung seiner oben angegebenen Theilungsmethode bilden, indem sie nämlich die zu dieser Methode gehörigen, oben unter Nr. 5 und 6 aufgeführten Ansprüche, den der Frau und den des Mannes, zur Geltung bringen.

„Wenn wir berücksichtigen“, sagt Petrazycki S. 34/5, „daß bei der Theilung der Dotalfrüchte es sich um zwei verschiedene Fruchtgruppen handelt, wird es uns nicht auffallend scheinen, wenn Jemand, der die Theilung auf konkreten Beispielen veranschaulicht, zu diesem Zwecke zwei Beispiele wählt und an dem einen Beispiel die Bestimmung des Anspruches der Frau, an dem anderen die Bestimmung desjenigen des Mannes illustrirt.“

Im Gegentheil, müssen wir erwidern, sehr auffallend erscheint uns das. Wer die Dosfruchttheilung durch Beispiel veranschaulichen und somit die dabei (angenommenermaßen) konkurrirenden Ansprüche des Mannes und der Frau herausstellen will, der wird einen Theilungsfall setzen und die hier obwaltenden Ansprüche aufzeigen, nimmermehr wird er zwei Casus vorbringen und bei jedem nur einen der beiden (angeblich) konkurrirenden Ansprüche zur Geltung bringen.

Dennoch soll der Jurist in § 1 und § 2 der L. 7 so verfahren haben:

„Vindemiae fructus et quarta portio mercedis im § 1 bilden eben diejenige Gruppe der Früchte, welche in die Zeit vor der Scheidung fällt .... und also dem Manne gehört; indem Papinian diese Gruppe der Früchte vertheilt, stellt er diejenige der zwei obl. ex lege fest, welche der Frau zusteht."

Ist es nicht wiederum auffallend und anstößig, daß der Jurist, wenn er den Anspruch der Frau feststellen will, eine Rechnung vorschreibt, die zum Ergebniß haben soll, ut ex ea pecunia tertia porto viro relinquatur. Er sollte den Anspruch der Frau dadurch bestimmt haben, daß er angab, was dem Manne zu belassen sei. Die Entscheidung im § 1, der nur von dem redet was der Mann retiniren darf und was dem Mann zu belassen ist, „müssen wir als eine vollkommen richtige Bestimmung des Restitutionsanspruches der Frau gegen den Mann ansehen".

Wenn mit der Angabe dessen, was dem Manne zu belassen ist, der Anspruch der Frau ausgedrückt ist, so wird man begierig sein zu erfahren, mit welchen Worten dann in § 1 der Anspruch des Mannes gegen die Frau ausgedrückt ist, welcher bei der obigen (S. 280) Anführung der „Theilungsmethode" unter Nr. 6 genannt ist. Aber auf diese Frage

giebt Petrazycki zur Antwort: gar nicht. „Die zweite obl. ex lege, den Anspruch des Mannes aus der Fruchttheilung d. h. die Theilung derjenigen Gruppe der Früchte, welche der Frau gehört, übergeht er (sc. der Römer) mit Stillschweigen." Also der Frau Anspruch bestimmt der § 1 durch Angabe dessen, was dem Manne zu belassen ist, und des Mannes Anspruch bestimmt er gar nicht. Wer sich gegen diese Annahme auflehnt, soll folgendermaßen beruhigt werden: „Wenn wir die wissenschaftliche Vorsicht nicht vergessen, können wir nur sagen, daß Papinian von den zwei Gruppen der Einkünfte (derjenigen des Mannes und derjenigen der Frau) nur die erste im § 1 . . . berücksichtigt, und daß er die zweite Gruppe im § 1 . . . bei der Theilung unberücksichtigt läßt." Allein ist das wissenschaftliche Vorsicht und nicht vielmehr petitio principii: wie kann man eine Gruppe von Einkünften für unberücksichtigt gelassen erklären, von der man nicht nachweisen kann, sondern lediglich voraussetzt, daß sie der Berücksichtigung unterfalle!

Auf die bei solcher Voraussetzung dringende Frage, warum der Römer „im § 1 sich nur mit der Theilung der Fruchtgruppe des Mannes beschäftigt" (S. 35), oder warum er, „ohne die volle Auseinandersetzung zwischen den streitenden Parteien vollzogen zu haben, ohne die volle Antwort zu geben, sich zu den anderen Parteien und zu dem anderen Fall wendet" (S. 37), ertheilt Petrazycki zwei Antworten:

1) Die Stelle sei eine wissenschaftliche Ausführung, nicht für die Interessenten, sondern für Unbetheiligte bestimmt und verfahre, wie „man gewöhnlich bei der Demonstration einer Theorie vorgeht. Wenn die Theorie in ihren verschiedenen Theilen an verschiedenen fiktiven Beispielen veranschaulicht werden kann, wählt man für jeden Theil oder für jede Seite der Theorie ein beliebiges passendes Beispiel". Allein ein solches

Verfahren ist gerade ungewöhnlich und irreführend, wie denn nach der Ansicht Petrazycki's alle seine Vorgänger irregeführt worden sind, indem sie aus § 1 einen Schluß gezogen haben, den er für verfehlt hält, den Schluß nämlich, daß ein Anspruch, den § 1 dem Mann nicht zuschreibt, demselben auch nicht zukomme. Das gewöhnliche Verfahren einer Theorie, welche zwei Ansprüche statuirt, die an einem Beispiel gezeigt werden können, wäre doch das, sie an diesem einen Beispiel zu zeigen. Dahingegen beispielsweise einen Fall zu setzen, daran den einen Anspruch zu zeigen und sodann ohne Vorbehaltung des anderen zu einem neuen Fall überzugehen, der den anderen auch beim vorigen Fall nicht fehlenden Anspruch darstellen soll, ist ein methodischer Fehler, welcher ebenso schwer als ungewöhnlich ist. Und für seine Annahme wird man nicht gewonnen durch die zweite Antwort:

2) „Danach ist es vollständig klar, warum Papinian im § 1 seine Aufmerksamkeit ausschließlich der Theilung der vom Manne erworbenen Einkünfte widmet. Er will zeigen, daß zu dieser Theilungsgruppe auch die vindemiae fructus gehören." Gewiß will er das. Aber das brauchte ihn nicht zu hindern, wenn er einmal zur Theilung in dem von ihm gesetzten Beispiel schritt und dabei noch den Pachtzins einbezog, auch den nach Petrazycki dem Mann zustehenden Anspruch auf ein Drittel des übrigen ins Dotaljahr fallenden Pachtzinses anzuführen.

Was nun diesen Anspruch des Mannes (gegen die Frau) anlangt, so sagt Petrazycki S. 35 davon Folgendes: „wie der Anspruch des Mannes zu bestimmen ist, kann man erst aus dem § 2 ersehen". Da ist nun vor allem a priori unerklärlich, wie § 2 zu solcher Leistungsfähigkeit kommt. Petrazycki selber hat S. 11 gesagt, L. 7 § 1 sei „die einzige Stelle, welche einen Fall des Zusammentreffens von zwei

Fruchtperioden in einem Dotaljahre behandelt". Und in der That findet ein solches Zusammentreffen in § 2 nicht statt, da hier dem Mann der Weinberg unmittelbar nach der Weinlese zur Dos gegeben wird, mag immerhin die Verpachtung des Weinbergs am 1. März erfolgt sein. Nun gilt aber Petrazycki's Theilungsmethode (oben S. 279) nicht von einem solchen Fall. „Wenn (heißt es S. 9) das Dotaljahr mit der Fruchtperiode zusammenfällt, dann wird pro rata temporis das Resultat dieser Fruchtperiode getheilt, also eine Ernte, der Ertrag einer Weinlese" u. s. w.[57]).

Ist es nun nicht im höchsten Grade auffallend, daß der Jurist, der im § 1 einen Kasus gesetzt hat, welcher die Petrazycki'sche Theilungsmethode in Aktion zeigen kann, weil er zwei Fruchtperioden bietet, die Erläuterung des nach dieser Methode dem Mann zustehenden Anspruchs auf einen neuen Kasus verschoben habe, der jener Methode gar nicht unterfällt, weil er nicht zwei Fruchtperioden enthält[58]). Daß der Mann außer einem Antheil an der

57) „Das ist, nebenbei bemerkt, der einzige Fall, über welchen in der Literatur kein Streit besteht": Petrazycki S. 71.

58) Denn das sollte doch über jeden Zweifel erhaben sein, daß si mulier percepta vindemia statim fundum viro in dotem dederit (L. 7 § 2), mit dem Dotaljahr ein Fruchtjahr beginnt (z. B. am 1. November), und daß wenn der Mann am 1. März das Grundstück verpachtet (et vir ex calendis Martiis eundem locaverit), mit dem 1. März nicht ein neues Fruchtjahr beginnt. Das alte Fruchtjahr hätte ja sonst nur 4 Monate gehabt. Das Pachtgeld ersetzt dem Mann die natürlichen Früchte des Fruchtjahres, einerlei ob das Pachtjahr mit diesem Fruchtjahr zusammenfällt. Oder würde Jemand zu behaupten wagen, daß wenn im Fall der L. 7 § 1 der Mann nicht schon nach Ablauf des Oktobers, sondern erst am 1. Dezember verpachtet hätte, in der Dotalzeit von 4 Monaten (Oktober bis Januar) drei Fruchtjahre zusammengetroffen wären? Das erste endigend am 31. Oktober, das zweite am 30. November — ein Fruchtjahr von einem Monat! — und das dritte am 30. November des folgenden Jahres!

von ihm gemachten Jahreseinnahme auch einen Antheil an der nachehelichen Jahreseinnahme habe, sollte an einem Beispiel gezeigt worden sein, in welchem dieser nachehelichen Jahreseinnahme (merces quae debebitur) gar keine vom Manne gemachte Jahreseinnahme vorausgegangen ist! Und daß der Mann einen Antheil nicht am vollen Jahreseinkommen der Frau habe, sondern nur an einer Portion (soweit nämlich das Fruchtjahr in's Dotaljahr fällt d. h. hier an $^{11}/_{12}$ des Jahrespachtzinses)[59]), das sollte durch ein Beispiel „veranschaulicht" worden sein, in welchem Frucht- und Dotaljahr zusammenfallen, wo die merces, quae debebitur, gerade einen Jahresertrag d. h. $^{12}/_{12}$ beträgt! Fürwahr was da vorhin (S. 286 al.) für auffallend erklärt worden ist, könnte nicht mehr blos als methodischer Fehler bezeichnet werden (S. 285), würde vielmehr ein grobes Versehen innerhalb des verkehrten Darstellungsverfahrens bilden.

Auf die Frage, warum der Jurist den angeblichen Anspruch des Mannes nicht in § 1 behandelt hat, ist die oben S. 285 unter 2 kritisirte unzureichende Antwort ertheilt worden. Aber für die nun sich ergebende Frage, warum der Jurist eben jenen Anspruch gerade in § 2 (der sich dazu nicht eignet) behandelt, oder „warum für Veranschaulichung der Theilung der merces quae debebitur er ... ein anderes (Beispiel) nämlich das in § 2 enthaltene gebraucht hat," ist uns Petrazycki die Antwort schuldig geblieben.

Hat unerklärlicherweise der § 1 den Petrazyckis Theilungsmethode integrirenden Anspruch des Mannes unerwähnt gelassen und dem neuen Beispiel vorbehalten, so sollte man

---

59) Oben S. 280 Nr. 3 — und da der Mann nach L. 7 § 1 schon $^1/_6$ von $^8/_{12}$ bekommt (nach Petrazycki), so bliebe nur sein Anspruch auf $^1/_6$ von $^3/_{12}$: oben S. 280 Nr. 6.

nunmehr erwarten, daß wenigstens das neue Beispiel beide gegenüberstehende Ansprüche bieten werde. Aber da erleben wir eine neue Enttäuschung. „Im § 2 vertheilt Papinian analog nur die merces quae debebitur (mulieri), d. h. nur die Einkünfte, welche die Frau nach der Scheidung erwerben wird, und spricht von der anderen Gruppe der Einkünfte, von der duodecima pars mercedis (debita viro) nur gelegentlich, ohne die Theilung derselben ausdrücklich zu erwähnen". (S. 36)[60]. Also auch § 2 bietet nicht, was er als Beispiel der in Rede stehenden Theilungsmethode bieten sollte, und abermals werden wir vom Urheber derselben zur Vorsicht gemahnt mit den Worten, die eine petitio principii enthalten: „Wenn wir die wissenschaftliche Vorsicht nicht vergessen, können wir nur sagen, daß Papinian von den zwei Gruppen der Einkünfte (derjenigen des Mannes und derjenigen der Frau) ... nur die zweite im § 2 berücksichtigt und ... die erste im § 2 bei der Theilung unberücksichtigt läßt".

Das Ergebniß ist demnach, daß weder § 1 eine Anwendung der fraglichen Theilungsmethode darstellt, da er nicht der beiden ihr angehörigen Ansprüche gedenkt, noch § 2, da auch dieser nicht zweierlei Einkünfte vertheilt. Gleichwohl scheut sich Petrazycki nicht auszusprechen (S. 40/41): „Die beiden Paragraphen zusammen bilden eine vollständige Widerlegung der unrichtigen Theilungstheorie und enthalten zugleich ein vollständiges Bild der Anwendung der richtigen Methode".

Allein einmal könnte unser Autor nicht von „der" unrichtigen Theilungstheorie reden, da es eine Mehrzahl solcher „unrichtiger" Theorien giebt, er meine denn mit jenem

60) Ebenso S. 43: „Die Entscheidung Papinians im § 2 ist ebenfalls unvollständig, indem dort die Theilung der duodecima pars mercedis nicht hervorgehoben wird".

Ausdruck alle früheren. Hingegen können wir durchaus nicht zugeben, daß die oben unter I—III entwickelte Theilungstheorie durch L. 7 § 1 und § 2 widerlegt werde, indem vielmehr § 2 mit derselben ohne Weiteres, § 1 aber so bald im Einklang steht als man den Sprachfehler vermeidet durch „ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur“ eine Drittelung der Weinlese- und Vierteljahrespachtsumme ausgesprochen zu finden.

Zweitens enthalten selbst nach des Autors Eingeständniß die beiden §§ nicht ein „vollständiges Bild“ der Anwendung der „richtigen“ Methode. Denn daß dem Mann im ersten Fall $^1/_3$ des Pachtzinses für die 8 Pachtmonate nach der Scheidung und daß im zweiten Fall der Frau $^7/_{12}$ des Monatspachtzinses zuzutheilen sind, sind Züge, welche in dem Theilungsbilde der beiden §§ fehlen und nur durch die künstliche Konfundirung der zwei Theilungsbeispiele und frei erfundene Zusätze zum Vorschein gebracht sind. Sieht sich doch Petrazycki auf der nämlichen S. 41 zu der Bemerkung veranlaßt: „Die Berechnungen von Papinian zu ergänzen, ist sehr leicht“, womit doch wieder ihre Vollständigkeit negirt ist.

Vergegenwärtigt man sich noch einmal alle die Löcher und Risse, welche das Gebäude der Auslegung zeigt, das unser Autor über dem Text von L. 7 § 1 und § 2 errichtet hat, so begreift man wohl, wie er von vornherein bestrebt war, beim Leser die Ansprüche an die Ebenheit und Lückenlosigkeit herabzustimmen. Er tritt daher gleich beim Beginn seiner Erklärung der Stellen der Voraussetzung entgegen, „daß Papinian in L. 7 § 1 die volle Auseinandersetzung zwischen Mann und Frau in Betreff der Früchte bezwecke“. Und positiv stellt er die Behauptung auf (S. 31): „Keiner von den Auslegern seit der Glosse hat die Thatsache beachtet, daß unsere crux interpretum eine quaestio (Papinianus autem libro undecimo quae-

stionum), aber kein responsum ist. Und dieser Gegensatz ist für uns außerordentlich wichtig.... Bei der Entscheidung einer Quästio unternimmt man aber nur solche Berechnungen, welche eben für die Veranschaulichung der Theorie nöthig sind. Man befaßt sich nicht mit den Berechnungen, welche zum Verständniß der Theorie nichts beitragen würden..... Wir müssen auch beachten, daß wir es mit einer Ausführung von Papinian zu thun haben, welcher nutzlose Worte und Bemerkungen vermeidet".

Wir wollen dem entgegen nicht die Frage aufwerfen, ob wirklich die Berechnungen, mit denen sich der Römer in § 1 und § 2 nicht befaßt haben soll, solche sind, „welche zum Verständniß der Theorie (nämlich fructus dividi non ex die locationis) nichts beitragen würden", und ob er damit „nutzlose Worte und Bemerkungen" vermieden hat, da er doch damit seinem neusten Ausleger die Zeugnisse für die Annahmen vorenthalten hat, daß der Mann noch $^1/_8$ von $^8/_{12}$ und die Frau noch $^7/_{12}$ von $^1/_{12}$ des Pachtzinses anzusprechen habe.

Aber das müßte man von einem Ausleger, der seine Auslegung auf die papinianische Autorschaft und den Quästionencharakter des Textes gründet, erwarten, daß er diese beiden Thatsachen, wenn sie dem Zweifel unterliegen, erweise oder doch wahrscheinlich mache. Dies hat aber Petrazycki in Ansehung der zweiten gar nicht gethan, in Ansehung der ersten nur durch den sehr allgemeinen Hinweis auf den „strengen Zusammenhang" der Fortsetzung mit dem Eingang und auf den Stil, der hier nicht ausführlich und breit wie der Ulpians, sondern knapp und prägnant wie der Papinians sei (S. 48, 49).

Die L. 7, der unsere §§ 1 und 2 angehören, ist „Ulpianus libro trigesimo primo ad Sabinum" inscribirt. Da nun

nach const. Tanta § 10: unus quisque eorum, qui auctor legis fuit, nostris digestis inscriptus est", so haben wir den in der Inskription angegebenen Auktor auch als den Verfasser des Excerptes anzusehen, bis Gründe, natürlich schon Wahrscheinlichkeitsgründe, gegen diese Annahme vorliegen. Der § 1 der L. 7 beginnt mit den Worten: Papinianus autem libro undecimo quaestionum divortio facto fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit. Diesen Satz hat Lenel in der Palingenesia Nr. 188 unter Papinians Schriften aufgenommen, und nicht mehr, aber die Note beifügt: quae apud Ulpianum sequuntur, utrum ipsius sint an Papiniani est in incerto [60a]).

Schon Bechmann, Dotalrecht II S. 202/3 hat gegen die Ueberweisung der §§ 1—16 an Papinian protestirt mit den Worten: „Wer einigermaßen den Stil Papinians von demjenigen Ulpians unterscheiden kann, für den wird kein Zweifel bestehen, daß diese Paragraphen schlechterdings nicht aus der Feder des ersteren geflossen [61]) und am wenigsten aus seinen Quästionen entnommen sein können". Bechmann verweist weiter darauf, daß im § 1 von neque enim [62])

60a) Hommel, Palingenesia I p. 537 führt den ganzen § 1 als Citat aus Papinian an, nicht auch § 2. In seiner Besprechung von Lenels Palingenesia sagt Kipp, Krit. Vierteljahresschrift Bd. 33 S. 490: „Es ist aber auch in zahlreichen Fällen äußerst schwierig, das Eigenthum des Referenten von dem Citat klar abzugrenzen". Und S. 506—537 liefert er werthvolle Beiträge zu dieser Art von „Grenzregulirung".

61) Mit den oben (S. 290 al. 2) angeführten Hinweisen wird dies für die §§ 1—3 bekämpft von Petrazycki S. 48, 49.

62) Bei Leipold, Ueber die Sprache des Juristen Aem. Papinianus S. 22/3 heißt es: „Neque enim ist die klassische Form; während die übrigen Juristen in der Regel neben dieser auch nec enim gebrauchen, ahmt Papinian konstant die Klassiker nach und schreibt jedesmal neque enim". Da den anderen Juristen neque enim nicht fremd ist,

bis zum Schlusse direkte Rede gebraucht ist, und betrachtet darum diesen Theil als von Ulpian herrührend[68]). Uebrigens ist mit der Annahme papinianischer Autorschaft für § 1 der Petrazycki'schen Auslegung nicht völlig gedient, da sie ja annimmt, daß Papinian durch § 1 in Verbindung mit § 2 „ein vollständiges Bild der Anwendung der richtigen Methode" geliefert habe.

Angenommen nun — wir halten es für wohl möglich — der ganze § 1 und der ganze § 2 rühre ursprünglich von Papinian her und sei seinen Quästionen entlehnt, so hätte weiter gezeigt werden müssen, daß wenn Papinian zur Erläuterung einer von ihm aufgestellten Regel einen Kasus und noch einen beibringt, er seine Entscheidungen in den Quä-

---

so ist diese Form nicht entscheidend für Papinian. Herr Dr. Leipold war so gut mir brieflich mitzutheilen: „Bestimmte, feste sprachliche Gründe für Papinian können kaum aus § 1, noch weniger aber aus § 2 angeführt werden".

68) Durchgeht man die ulpianischen Citationen der papinianischen Quästionen, welche sich in Lenels Zusammenstellung von Papin. libri quaestionum (Palingenesia I Spalte 818—881) vorfinden, so sieht man einmal dem von ait (wie in unserer Stelle) oder scribit regierten, in indirekter Rede gefaßten Citat einen Zusatz gegeben, der durch inquit die Autorschaft Papinians feststellt in Nr. 87, 186 pr. und § 3, 164, 263, 316 § 4. Ferner folgt der in indirekter Rede gefaßten, von Papinian herrührenden oder gebilligten Entscheidung (wie in unserem § 1) eine Begründung durch enim, deren Autorschaft durch den beibehaltenen Gebrauch der indirekten Rede von Ulpian dem Papinian zugewiesen wird in Nr. 165, 219, 227, 257 § 1, 268 pr. Endlich in Nr. 156 § 13 (arbitror) und 227 (accipimus) deutet der Gebrauch der ersten Person, in Nr. 220 § 2 die Kritik (est verum) auf Ulpian als den Urheber des Zusatzes. Vergl. Pernice, Ulpian als Schriftsteller S. 38, Nr. 1 Ob dagegen die in Nr. 103, 111, 118 § 5, 186 § 5, § 6, § 8, 160 § 1, 168 § 1, 209 § 6, § 7, 228 § 5, 275 zu dem in indirekter Rede erscheinenden Citat aus Papinian, in direkter Form beigefügten begründenden oder ausführenden Zusätze auch von Papinian, oder aber von Ulpian herrühren, ist schwer zu entscheiden.

stionen, im Gegensatz zu den Responsen, so unvollständig zu geben pflegt, als Petrazycki dies für die Fälle von § 1 und § 2 annimmt: keine der beiden Auseinandersetzungen hat ja die von Petrazycki postulirte Durchführung erhalten. Daß § 1 „eine quaestio, aber kein responsum" ist, hebt er hervor, weil „dieser Gegensatz für uns außerordentlich wichtig ist. Die Responsa sind Resultate der praktischen Thätigkeit eines Juristen, es sind Gutachten über wirkliche Streitfälle zwischen wirklichen Parteien". Wenn Papinian, meint P., einem der geschiedenen Gatten ein Responsum ertheilt hätte, „dann würde die Entscheidung eine volle und erschöpfende Theilung der Früchte enthalten haben. . ." Hingegen sei unsere Stelle kein Gutachten, nicht an die Parteien, sondern an die Schüler oder Gelehrten gerichtet.

Möchte das immerhin von der sonstigen Quästionen- und Responsenliteratur gelten: für Papinians Responsen und Quästionen, von denen uns beträchtliche Massen durch die Pandekten erhalten sind, trifft es nicht zu. Im Ganzen ist die Kasuistik in seinen beiden Werken übereinstimmend gehandhabt. Man wäre im Stande eine lange Reihe von Fragmenten anzuführen, die ebenso gut dem einen wie dem anderen Werke angehören könnten, denen man die Herkunft aus dem einen oder dem anderen nicht ansehen kann[64]). Ferner giebt es viele Quästionenstellen, in denen Papinian sich selbst

64) So könnten z. B. L. 40 D. 2, 14. L. 30 D. 3, 5. L. 51 D. 5, 3. L. 48, L. 65 D. 6, 1. L. 4 D. 8, 3. L. 11 D. 10, 1. L. 32 D. 10, 2. L. 40 D. 13, 7. L. 19 D. 14, 3. L. 2 D. 20, 1. L. 69 D. 23, 3. L. 26 D. 23, 4. L. 5 D. 26, 9. L. 39 D. 26, 7. L. 20 D. 27, 3. L. 41 D. 28, 6. L. 76—78 D. 31. L. 9 D. 33, 10. L. 60 D. 36, 1. L. 41 D. 39, 6. L. 29 D. 44, 2. L. 51 D. 46, 1. L. 15, L. 17 D. 50, 1. L. 6 D. 50, 2. L. 8 D. 50, 5. L. 5 D. 50, 8 dem Quästionenwerk entlehnt sein, sie enthalten nichts dem Responsenwerk Eigenthümliches.

als „respondirend" bezeichnet, oder so bezeichnet wird, oder Andere im Zusammenhang seiner Entscheidung als ein Responsum ertheilend anführt [65]). Weiter haben wir viele Quästionenstellen, die deutlich den Charakter von Gutachten tragen, sich als aus Gutachten hervorgegangen darstellen [66]) und daher ohne Frage auch dem Responsenwerk angehören könnten. Endlich giebt es auch nicht wenige Quästionenstellen, auf welche die Charakteristik, die Petrazycki giebt und auf die er großes Gewicht legt, nicht zutrifft, von denen nämlich nicht gesagt werden kann: „Bei der Entscheidung einer theoretischen Quästio unternimmt man aber nur solche Berechnungen, welche eben für die Veranschaulichung der Theorie nöthig sind". Vielmehr bieten diese Stellen [67]) die Erörterungen in einer Ausgiebigkeit, welche über ein einzelnes Bedürfniß wie die „Veranschaulichung" einer bestimmten Theorie weit hinausgeht und sich gewöhnlich bis zu dem Punkt ausdehnt, wo die Frage erschöpft ist. Die von Petrazycki den „Quästionen" beigemessene Beschränkung ist als ein jene von den Responsen unterscheidendes Merkmal mindestens für Papinian nicht anzuerkennen.

Wenn so die (bei der neuen Methode anzunehmende) Lückenhaftigkeit der Digestenstellen nicht durch den Hinweis auf

65) z. B. L. 17 D. 2, 15. L. 24 D. 16, 3. L. 4 pr. D. 22, 1. L. 66 § 3. L. 70 § 2 D. 31. L. 13 D. 34, 9. L. 72 § 4 D. 35, 1. L. 11 § 6 D. 35, 2. L. 8 D. 37, 6. L. 3 pr. D. 38, 5. L. 49 § 2 D. 46, 1. L. 94 § 3. L. 95 § 7 D. 46, 3.

66) L. 10 D. 5, 4. L. 8 D. 7, 5. L. 36 D. 8, 2. L. 50 § 3 D. 15, 1. L. 5 pr. D. 12, 7. L. 24 D. 16, 3. L. 81 D. 17, 2. L. 8 D. 19, 5. L. 65 D. 21, 2. L. 3 § 3 D. 22, 1. L. 64 D. 31. L. 13 D. 34, 9. L. 27 D. 39, 5. L. 18 D. 43, 16. L. 115 D. 45, 1. L. 10 D. 47, 12.

67) Außer vielen Stellen der vorigen Noten, z. B. L. 27 D. 39, 5, s. noch z. B. L. 1 D. 20, 4. L. 64 D. 21, 2. L. 37 D. 26, 7. L. 71 § 3 D. 35, 1. L. 11 D. 30. L. 95 pr. § 1 D. 46, 3. L. 81 D. 47, 2.

ihren klassischen Ursprung erträglich gemacht werden kann, so wird man Petrazycki gern zu den nachklassischen, byzantinischen Uebersetzern und Interpreten begleiten, bei denen er eine „Vervollständigung" der Entscheidung Papinians zu finden glaubt.

Für den § 1 der L. 7 zwar nicht beim Scholiasten Dorotheus. Denn: „hier finden wir keinen Aufschluß über das Schicksal der merces quae debebitur". Zu Gunsten der neuen Theilungsmethode leistet das Scholion gar nichts. Hingegen soll dies beim Scholion des Cyrillus der Fall sein, das in Heimbachs Basiliken III S. 243 steht. Dort giebt Cyrill zunächst den Kasus von L. 7 § 1, wobei er die Weinbergseinnahme zu 18, den Pachtzins zu 60 *νομίσματα* anschlägt. Und seine Entscheidung ist diese: *οὐ λαμβάνω τὰ τοῦ τρυγητοῦ καὶ γ' μηνῶν, ἀλλὰ σὺν αὐτοῖς δ' μηνῶν.*

Das bedeutet wörtlich: Ich bekomme nicht das Geld (*τὰ*, nämlich *νομίσματα*) der Weinlese und von drei Monaten, sondern mit demselben (nämlich dem Geld, das ich bekomme) das von vier Monaten.

Der Jurist sagt also, daß ich im Geld, das ich bekomme, den Betrag für vier Monate erhalte. Dieser Betrag entspricht der viermonatigen Dotalzeit, wie wir im II. Abschnitt gesehen haben. Zu ergänzen ist also am Ausspruch des byzantinischen Gelehrten nichts. Wie er dasteht, deckt er sich mit Papinian's Entscheidung, da dessen tertia portio eben der Betrag für vier Monate ist.

Für Petrazycki hingegen bedürfen die griechischen Worte der „Ergänzung": „In der nöthigen Ergänzung bedeuten sie":

„Den ganzen Ertrag der Weinlese und die ganze quarta portio mercedis (den Pachtzins für drei Monate) bekomme ich nicht (sondern nur zum dritten Theil, wie es Papinian

entscheidet)[68], aber[69]) mit den Einkünften dieser Gruppe[70]) (σὺν αὐτοῖς[71]), welche ich doch zum Theil bekomme)[72]) bekomme ich noch den Theil des noch nicht vertheilten Pachtzinses, welcher der Dauer der Ehe im letzten Jahre d. h. vier Monaten entspricht".

Also das Geld der vier Monate (τὰ . . . δ'μηνῶν) wird bei dieser „nöthigen Ergänzung" zum Pachtzins und gar zum nicht vertheilten Pachtzins. Das Alles ist nicht mehr nur Ergänzung, geschweige bloße Deutung, das ist Specifikation der Stelle, aber unter Zusetzung fremder materia. In diesem Produkt ist der schlichte Stoff des Griechen nicht mehr zu erkennen.

Was sodann den § 2 der L. 7 anlangt, so erkennt Petrazycki (S. 44) an, daß die Basilikenscholiasten Dorotheus und Cyrillus, wie Papinian „die Theilung pro modo temporis nicht auf jene duodecima pars beziehen". Sie tragen also nichts zur „Vervollständigung" Papinians und Aufklärung der ihm imputirten Theilungsmethode bei[73]). Daß Cyrill hier versagt, legt ihr Autor sich folgendermaßen zurecht: „Er betrachtete gewiß die Theilung als selbstverständlich". Aber wie kam er zu solcher Betrachtung? Schlimmer steht es mit dem andern Scholiasten: „Ja, es scheint, daß Dorotheus nicht nur, wie Papinian, die Theilung der duodecima pars übergeht, sondern diese, gewiß aus Versehen, als für den Mann definitiv erworbene betrachtet".

---

68) Der Inhalt der Parenthese hat, wie man sieht, keinen Anhalt in der Stelle.

69) ἀλλά kann nach dem vorausgehenden Negativsatz nur bedeuten „sondern".

70) Die Stelle sagt nichts von zwei Gruppen von Einkünften.

71) Der hier vorausgesetzte Sinn von σύν = zugleich mit, sammt, nebst (auf Sachen begleitende Sachen angewandt) ist, wenn er in der Prosa je vorkommen sollte, jedenfalls so ungewöhnlich, daß er nicht ohne Weiteres vorausgesetzt werden kann.

72) Diese deutschen Worte sind ohne Anhalt in der Stelle.

73) — so wenig als L. 7 pr. D. 24, 3 oder irgend eine andere Stelle: oben S. 281.

Was so von Papinian selber und von den ihm näher stehenden Byzantinern „übergangen" worden ist, das konnte den Neueren auch leicht entgehen. „Die neuere Literatur", schließt Petrazycki S. 45, „hat die Nichttheilung der duodecima pars gar nicht bemerkt". Wie sollte sie auch, da selbst die Anhänger der Relevanz von zwei Fruchtperioden in dem § 2 nur eine vor sich sehen (oben Anm. 58). Ist doch hier nur ein Jahresertrag, der Pachtzins fürs Jahr zu vertheilen. Nach der neuen Theilungstheorie hat der Mann davon $^5/_{12}$ anzusprechen, der Frau verbleiben $^7/_{12}$. Da aber nach derselben Theorie der Mann von dem $^1/_{12}$, das auf die Pacht seines letzten Ehe-Monats (März) trifft, nur $^5/_{12}$ retiniren darf und $^7/_{12}$ der Frau abtreten muß zur Befriedigung ihres gegen ihn gerichteten Anspruchs, so gelangen wir zum Resultat, daß dem Manne für seine fünfmonatige Dotalzeit nicht einmal fünf volle Monatsraten des Jahrespachtzinses beschieden sind, da er von einer $^7/_{12}$ an die Frau abgeben muß. Gewiß ein wenig plausibles Ergebniß. Setzen wir nun weiter den Fall, daß die in die Dotalzeit und Ehe fallende Pacht nicht einen Monat betragen habe wie im § 2 der L. 7, sondern zwei, drei oder vier Monate, während wir alle anderen Daten auch die fünfmonatige Dotalzeit beibehalten, so hat der Mann nach wie vor $^5/_{12}$ der merces quae debebitur anzusprechen (für die fünf Dotalmonate) und es bleiben der Frau die restirenden $^7/_{12}$. Aber es hat dann auch, nach der neuen „Theilungsmethode" die Frau nicht bloß „einen Anspruch auf $^7/_{12}$ der duodecima pars mercedis, welche der Mann vom Pächter bekommt" (Petrazycki S. 43), sondern auf $^7/_{12}$ der zwei, drei oder vier duodecimae partes, welche der Mann vom Pächter bekommt. Hat der Mann fürsorglich schon am 1. Dezember (statt ex calendis Martiis) den Weinberg verpachtet, so schlägt diese Fürsorge zu seinem Nachtheil aus. Je länger die vom

Manne in der Ehe verbrachte Pachtzeit ist (bei gleicher Ehedauer), einen um so kleineren Theil des Pachtzinses erhält er, da sich auf jede an den Mann vom Pächter zu entrichtende Monatsrate der Anspruch der Frau auf $^7/_{12}$ erstreckt![74]).

Indem sich die Aussicht auf diese Frucht der neuen Fruchtvertheilung eröffnet, wird der theilnehmende Leser, der auf ihrem holperigen Pfade bis hierher gelangt ist und sich alles Abenteuerlichen erinnert, das er dabei erlebt hat und nun überboten sieht, gewiß mit uns den Ausruf thun, mit dem Petrazycki die Auslegungen seiner Vorgänger bedacht hat: „Was für ungewöhnliche Deduktionen, was für willkürliche Behauptungen!"

Die Erlangung dieser Einsicht allein würde die Mühe nicht lohnen[75]). Sie ist auch von einem positiven Gewinn begleitet, denn sie muß uns in der Ueberzeugung von der Richtigkeit des anderen Weges bestärken, der sich von „ungewöhnlichen Deduktionen und willkürlichen Behauptungen" fern hält. Man braucht in der That nur die beiden unter II und III entwickelten Sätze vom Quantum und vom Datum des Dividenden anzuerkennen und die grammatische Thatsache festzuhalten, daß portio ex aliqua re nicht den Theil einer Sache bedeutet, so ist die ganze Lehre von der Theilung der Dosfrüchte nach Auflösung der Ehe aller Schwierigkeiten ledig, und die seit Jahrhunderten hart umstrittenen Quellenstellen ordnen sich friedlich und restlos einem Systeme ein, das ebenso gerecht als durchsichtig ist.

74) Daß seine Auslegung zu „unzuträglichen Resultaten" führe, hat Petrazycki S. 53 selber zugestanden. Das obige ist unerträglich, weil es absurd ist.

75) Die zahlreichen negativen Konsequenzen unseres Befundes (z. B. auch für die Kritik des zweiten Theils von Petrazycki's Abhandlung, S. 51—84) brauchen hier nicht gezogen zu werden; einige passen auch nicht an diesen Ort.

IV.

Handeln auf fremde Gefahr.

Von **Unger.**

Es ist ein auch auf dem Gebiete des Rechts geltendes Gebot der Ethik, daß Jeder auf eigene Gefahr zu handeln hat und die nachtheiligen Folgen, welche aus seinem Unternehmen entstehen, nicht auf schuldlose Dritte abwälzen darf. Es giebt jedoch Umstände, unter denen theils in Folge von Parteidisposition, theils aus Rücksichten der Gerechtigkeit und Billigkeit der Schaden, der aus einem bestimmten Handeln entspringt, nicht von dem Handelnden, sondern von einem Anderen zu tragen ist, obgleich derselbe frei von Schuld ist. Einige Fälle solchen Handelns auf fremde Gefahr sollen hier zur Darstellung gebracht werden.

I.

Handeln auf Gefahr eines Anderen findet zunächst und unzweifelhaft statt, wenn von demselben die Gefahr vertragsmäßig übernommen wird: wer die Gefahr auf sich nimmt, muß sie natürlich tragen. Der Promittent verspricht dem Promissar, für den Schaden aufzukommen, welcher aus einem bestimmten Handeln oder Unternehmen desselben entsteht (sog. Garantievertrag)[1]).

1) Vergl. die treffliche Abhandlung von Stammler im civil. Arch. LXIX Nr. 1.

Selbständige Garantieverträge kennt schon das römische Recht, doch mußten dieselben in Stipulationsform geschlossen werden (sog. promissio indemnitatis)[2]). So wurde das Versprechen der Schadloshaltung gegeben, um einen Delaten zum Antritt der Erbschaft zu bestimmen. Auch auf dem Gebiet des Vormundschaftsrechts kam die promissio indemnitatis mannigfach in Anwendung, um einen Tutor zu bestimmen, Mündelsachen nicht zu veräußern oder die Geschäftsführung, für welche er verantwortlich blieb, einem Anderen zu überlassen. In diesen Fällen fordert der Promittent den Promissar auf, auf seine Gefahr (suo periculo) etwas zu thun oder zu unterlassen: er übernimmt die Gefahr (periculum subit), indem er Schadloshaltung verspricht (indemnitatem promittit). L. 19 pr. D. ad. Sc. Vellej. (16. 1). L. 8 § 1 D. eod. L. 6 pr. C. ad Sc. Vellej. (4. 29). L. 2 C. si mater indemn. (5, 46)[3]).

Im modernen Recht kommen selbständige Garantieverträge häufig vor, um ein wirthschaftliches oder künstlerisches oder geselliges Unternehmen, an dessen Gelingen man ein thatsächliches Interesse hat, dadurch zu fördern, daß man das Risiko ganz oder theilweise auf sich nimmt. Es kann dies in mannigfacher Weise geschehen. Nicht selten wird von Privaten ein eigener sog. Garantiefonds gebildet. Die wichtigste

2) Vergl. Stammler S. 52 fg. Sokolowski Die Mandatsbürgschaft 1891 (vergl. über diese Schrift H. Krüger in der Münchner krit. Viertelj. XXXIV S. 534 fg.) S. 4 fg.

3) Sokolowski S. 6 fg. will in Widerspruch mit der herrschenden Meinung auch in der sog. fidejussio indemnitatis (L. 116 D. de V. O. 45. 1. L. 21 de solut. 46. 3. L. 42 pr. D. de R. C. 12. 1. L. 150 D. de V. S. 50. 16) einen selbständigen Garantievertrag erblicken; mit Unrecht (vergl. dagegen auch Stammler S. 37): durch fidejussio indemnitatis assekurirt man den Gläubiger, durch promissio indemnitatis assekurirt man den Schuldner.

Anwendung hat diese Vertragsart in neuerer Zeit dadurch erhalten, daß der Staat einer Aktiengesellschaft, insbesondere einer Eisenbahngesellschaft ein bestimmtes Reinerträgniß garantirt [4]). Im Interesse des mit der Garantie belasteten Staates wird in solchen Verträgen dem Staate gewöhnlich ein besonderes Recht der Ueberwachung des Geschäftsbetriebes vorbehalten. Die Erfahrung hat jedoch gelehrt, daß diese Maßregel nicht ausreicht, um den garantiepflichtigen Staat vor einer unerwarteten und übermäßigen Inanspruchnahme zu schützen, welche zumeist die Folge einer Mißwirthschaft der garantieberechtigten Eisenbahngesellschaften ist. Dieser Umstand hat in Oesterreich im Jahre 1877 zur Erlassung eines Gesetzes geführt, wodurch die Regierung berechtigt wird, den Betrieb garantirter Eisenbahnen, welche für die letzten fünf Jahre mehr als die Hälfte des garantirten Reinerträgnisses jährlich in Anspruch genommen haben, selbst zu führen; diese Berechtigung erlischt jedoch wieder, wenn die Unternehmung durch drei auf einander folgende Jahre nicht die Hälfte des garantirten Reinerträgnisses jährlich in Anspruch genommen hat (§ 4 Ges. v. 14. Dez. 1877 R.G.Bl. Nr. 112) [5]). Durch die fortschreitende Verstaatlichung der Eisenbahnen haben jedoch diese staatlichen Garantieverträge in Deutschland und Oesterreich ihre praktische Bedeutung fast gänzlich verloren.

---

4) Vergl. insbes. Stammler S. 84 fg.

5) Ich habe als Mitglied der damaligen Regierung diese Gesetzbestimmung in einer längeren Rede im Abgeordnetenhause zu begründen und zu rechtfertigen unternommen (VIII. Session 264. Sitzung am 15. Juni 1877. Stenogr. Protol. S. 8897 fg.). In dieser Rede (S. 8899) habe ich mich auch dafür ausgesprochen, daß das Garantieverhältniß des Staates nicht öffentlichrechtlicher, sondern privatrechtlicher Natur ist (vergl. dazu Stammler S. 95. 96). Dieses sog. Sequestrationsgesetz steht gegenwärtig nur noch bei zwei Eisenbahngesellschaften in Anwendung, während es in anderen Fällen in Folge der Einlösung der sequestrirten Bahnen durch den Staat seine Anwendbarkeit verloren hat.

Ein unselbständiges und eventuelles Garantieversprechen enthält der sog. Kreditauftrag (mandatum qualificatum). Es giebt Jemand den Auftrag, einem bestimmtem Dritten [6]) auf eigenen Namen und auf eigne Rechnung, aber auf seine (des Mandanten) Gefahr Kredit zu gewähren oder zu verlängern: periculo meo crede, des ei nummos fide et periculo meo, periculo meo pecunia erit (L. 12 §§ 13. 14 D. mand. 17. 1. L. 24 D. de fidej. 46. 1). Wird der Auftrag ausgeführt, so entsteht in Folge des mit dem Auftrag verbundenen Garantieversprechens ein der Bürgschaft ähnliches Verhältniß (sog. Mandatsbürgschaft): der Mandant haftet nunmehr wie ein Bürge. Unabhängig davon macht sich aber in manchen Beziehungen der mandatliche Grundcharakter des Verhältnisses geltend. Der Mandatar ist verpflichtet, den Kredit zu gewähren, und wird dem Mandanten verantwortlich wegen der schuldhaften Nichterfüllung des Auftrags [7]). Der Kreditauftrag kann widerrufen und gekündigt werden, solange der Kredit nicht gewährt oder rechtsverbindlich versprochen wurde (pactum de mutuo dando). Der Mandant haftet, auch wenn das auftragsgemäß gegebene Darlehen aus objektiven oder subjektiven Gründen nicht rechtsgültig zu Stande kommt. Der

---

6) Der Auftrag, irgend einem Dritten zu kreditiren, ist wegen seiner Unbestimmtheit ebenso wirkungslos wie der Auftrag, irgend ein Grundstück für den Mandanten zu kaufen. L. 48 § 2 D. mand. (17. 1).

7) L. 6 § 4. L. 62 § 1 D. mand. (17. 1). Sokolowski hat zwar (im ersten Abschnitt seiner Note 2 angeführten Schrift) darzuthun versucht, daß aus dem Kreditauftrag eine actio mandati directa auf Ausführung des Auftrags nicht entstehe: dieser Nachweis ist jedoch nicht gelungen. Vergl. Krüger S. 534 fg. und auch Stammler S. 70 fg. 118. Es ist eine Interpretationsfrage (quaestio facti), ob jemand einem Anderen aufträgt, auf seine Gefahr zu kreditiren, oder ihm räth (empfiehlt), Kredit zu gewähren, und hiermit ein Garantieversprechen verbindet (bene credis L. 12 § 13 D. mand.): in letzterem Fall besteht natürlich eine Verpflichtung des Garantieempfängers zur Kreditgewährung nicht.

Mandatar hat in Ansehung der Eintreibung der Schuld des Kreditempfängers eine Diligenzpflicht, welche nach einer vielverbreiteten Ansicht gemeinrechtlich dem Gläubiger gegenüber dem Bürgen nicht obliegt [8]). Endlich ist das Verhältniß, in welchem die beiden Obligationen des Hauptschuldners und des Stipulationsbürgen, resp. des Mandatsbürgen zu einander stehen, in seinem rechtlichen Wesen und daher auch in seinen praktischen Konsequenzen ein verschiedenes. Aus diesen Gründen nimmt die herrschende Meinung [9]) mit Recht an, daß weder im neuesten römischen Recht noch im heutigen Recht der Kreditauftrag in der Bürgschaft aufgegangen ist [10]): aus dem Kredit-

---

8) In Widerspruch mit der herrschenden Ansicht (vergl. Arndts Pandekt. § 357 Anm. 2. Windscheid Pandekt. II § 478 a. E. Dernburg Pandekt. II § 82 Nr. 3. Sokolowski S. 125 fg.) hat der Deutsche Entwurf sowohl in erster als in zweiter Lesung (vergl. I § 679 II § 715) eine Diligenzpflicht des Bürgen nicht statuirt (vergl. Motive II S. 678 und den Bericht in Conrad's Jahrb. LIX S. 912. 913): dies wird zwar von Rothenberg im civ. Arch. LXXVII S. 345 fg. und von Krüger S. 541 fg. gebilligt, jedoch m. E. mit Unrecht. — Nebenher sei es bemerkt, daß die Motive II S. 678 Note 4 S. 679 Note 1 in diesem wie in so manchem anderen Punkte das österr. Recht unrichtig darstellen, indem sie unter Berufung auf § 1360 behaupten, daß dasselbe eine Diligenzpflicht des Gläubigers nicht statuire: die Motive übersehen eben § 1364, dessen zweiter Satz, wenngleich zunächst nur für einen bestimmten Fall und in wenig gelungener Fassung, den Gläubiger wegen culpa in exigendo „verantwortlich" erklärt (vergl. Protokolle herausgeg. von Ofner II S. 221 fg. 578. 579). Diese Vorschrift des § 1364 wird jedoch in Theorie und Praxis vielfach mißverstanden, worauf ich hier nicht näher eingehen kann.

9) Thöl Handelsr. § 302. Brinz Pandekt. II § 257. Wächter Pandekt. II S. 453 fg. Dernburg Pandekt. II § 77. Vergl. auch Bruns in Holtzendorff's Encykl. 5. Aufl. S. 520. 521.

10) Dies ist bekanntlich mit großer Zähigkeit von Arndts Pandekt. § 353 Anm. 2 behauptet worden. Der Vertheidigung dieser Ansicht ist der zweite Abschnitt der Schrift von Sokolowski (S. 77 fg) gewidmet; vergl. jedoch dagegen Rothenberg im civ. Arch. LXXVII S. 342 fg. und Krüger S. 538 fg.

auftrag kann sich durch dessen Ausführung ein bürgschaftsähnliches Verhältniß entwickeln, aber an sich ist der Kreditauftrag nicht eine Verbürgung, sondern ein eigenthümlich beschaffenes Mandat (mandatum qualificatum).

In Widerspruch mit den übrigen modernen Gesetzgebungen, welche, dafern sie überhaupt das Kreditmandat behandeln, an der Selbständigkeit desselben festhalten [11]), hatte der Deutsche Entwurf in erster Lesung (§ 680) den Kreditauftrag geradezu als Bürgschaftsvertrag aufgefaßt und behandelt: „Hat Jemand den ihm von einem Anderen ertheilten Auftrag, in eigenem Namen und für eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, angenommen, so ist das aus dem Vertrage entstehende Rechtsverhältniß, soweit nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden erhellt, nicht nach den Vorschriften über den Auftrag, sondern nach den Vorschriften über die Bürgschaft zu beurtheilen" (vgl. dazu Motive II S. 682 fg.)[12]). An dieser Bestimmung hat Rothenberg im civ. Arch. LXXVII Nr. 12 (S. 321 fg.) treffende Kritik geübt. Bei der zweiten Berathung des Entwurfs, in welcher derselbe überhaupt eine wesentliche (wenngleich nicht ausreichende) Verbesserung in Form und Inhalt erfahren hat, ist die richtige Erkenntniß zum Durchbruch gelangt. Die Vorschrift über den Kreditauftrag lautet nunmehr: „Wer einen Anderen beauftragt, im eigenen Namen und auf eigene Rech-

---

11) A. L. R. I. 14 §§ 213. 214 (vergl. dazu Dernburg preuß. Privatr. II § 248). Sächsisches Gesetzb. §§ 1476—1479. Schweiz. Obl. R. Art. 418—421 (vergl. dazu Haberstich Handb. des schweiz. Obl. R. II[1] S. 239 fg.). Baier. Entw. Art. 896—901. Dresd. Entw. Art. 951—953.

12) Die Motive ziehen aus dem Umstand, daß es im einzelnen Fall fraglich sein kann, ob ein Kreditauftrag oder nur eine Kreditempfehlung mit Garantieversprechen vorhanden ist (vergl. Note 7), die verkehrte Folgerung, daß der Kreditauftrag nicht als Auftrag anzusehen und zu behandeln sei.

nung einem Dritten Kredit zu geben, haftet dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge" (§ 717)[13]). Diese Vorschrift ist korrekt und ausreichend. Es bedarf insbesondere auch nicht der von Rothenberg (S. 340 fg.) beantragten, in manchen Gesetzgebungen allerdings enthaltenen Ergänzung[14]), daß dem Mandatar seine Rechte aus dem Auftrag gegen den Mandanten vorbehalten bleiben, wenn durch die Kreditgewährung eine Verbindlichkeit des Dritten nicht entsteht: dieses Resultat ergiebt sich schon mittelst richtiger Interpretation aus der Fassung des § 717.

II.

Die actio ad exhibendum[15]) beruht auf Billigkeit: aequitas exhibitionis (L. 3 § 14. § 7 D. ad exhib. 10. 4). Wenn es aber der Billigkeit entspricht, daß derjenige, welcher wegen Geltendmachung eines Anspruchs auf eine Sache ein rechtliches Interesse an deren Besichtigung hat, den Inhaber derselben auf deren Vorzeigung oder Vorlegung belangen kann

13) Der knappe Bericht in Conrad's Jahrb. LIX S. 913. 914 lautet: „Die Vorschrift des § 680 über den Kreditauftrag, der zufolge das aus dem Auftrag entstehende Rechtsverhältniß nach den Bestimmungen über die Bürgschaft zu beurtheilen sein soll, wurde dahin geändert, daß die Bürgschaftsgrundsätze erst dann Anwendung finden sollen, wenn der Beauftragte dem Auftrage gemäß Kredit gewährt hat. Vor diesem Zeitpunkt erschien es zutreffender, auf das Verhältniß die Vorschriften über den Auftrag (in Bezug auf Kündigung, Widerruf 2c.) Anwendung finden zu lassen."

14) Sächsisches Gesetzb. § 1477. Schweiz. Obl. R. Art. 419. Dresd. Entw. Art. 951 Satz 2.

15) Eine Rekonstruktion der Formel dieser Klage giebt Lenel Edict. perpet. § 90. Daß die actio ad exhibendum nicht, wie man früher vielfach angenommen und jetzt auch wieder Schulin Lehrb. der Geschichte des R. R. (1889) S. 523. 524 annimmt, eine prätorische, sondern eine civile ist, hat Demelius Die Exhibitionspflicht S. 19 fg. nachgewiesen. Vergl. auch Bekker Die Aktionen I S. 224 fg.

(L. 19 D. h. t.), so verlangt anderseits die Billigkeit, daß die Exhibition nicht auf Gefahr und Kosten des Exhibitionspflichtigen, sondern auf Gefahr und Kosten des Imploranten erfolge (L. 11 § 1 D. h. t. L. 12 § 1 D. depos. (16. 3)[16]).

Die Behandlung der actio ad exhibendum, über welche in Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Rechts so große Meinungsverschiedenheit und Unsicherheit herrscht[17]), bildet ein schwieriges Problem für die moderne Gesetzgebung.

Zunächst erhebt sich schon die Vorfrage, ob die Materie der Exhibition überhaupt in ein privatrechtliches Gesetzbuch gehöre oder nicht vielmehr in die Civilprozeßordnung zu verweisen sei. In der That läßt sich nicht verkennen, daß man es hier „mit dem Zwitterwesen eines theilweise privatrechtlichen, theilweise prozessualen Rechtsinstituts" (Hartmann in den Gutachten aus dem Anwaltstande S. 355) zu thun hat. Auch Demelius (S. 262. 263) erkennt es an, daß „in unserem Prozesse durch Antrag auf gerichtlichen Augenschein ein gutes Mittel gegeben ist, Vorweisung einer bei dem Prozeßgegner befindlichen beweglichen Sache zu erwirken" und daß der Kläger auf diesem Wege sogar leichter zum Ziele gelangt, als mit der actio ad exhibendum. Fischer (Beiträge zur Erläuterung des deutschen Entwurfs Heft 6 S. 39. 40) schlägt denn auch vor, diese Materie der Civilprozeßordnung zu überweisen und da es „in derselben an einer Bestimmung über die Voraussetzungen fehle, unter welchen der Prozeßgegner oder ein Dritter die Augenscheinseinnahme dulden müsse", eine solche Vorschrift zu § 336 CPO. zu geben und § 774 des Deutschen Ent-

16) Vergl. Donellus Comment. (ed. Bucher) XIII p. 93. 94. Demelius Exhibitionspflicht S. 60. 203 fg. Vergl. auch Einert De actione ad exhib. (1816) p. 43. 44.

17) Vergl. Demelius S. 2 fg. 260 fg.

wurfs I „dadurch überflüssig zu machen, daß in dem Abschnitte über Sicherung des Beweises (§§ 447 fg. CPO.) die Bemerkung aufgenommen würde, daß dieses Verfahren auch dann zulässig ist, wenn der Gesuchsteller sich erst über sein angebliches Recht zu unterrichten wünscht."

Dennoch wird man sich, wie ich glaube, mit Demelius und Marcusen[18]) gegen die Verweisung der Bestimmungen über Exhibition in die Civilprozeßordnung und für deren Aufnahme in das privatrechtliche Gesetzbuch entscheiden müssen, da es sich in der That doch auch hier um materiellrechtliche civilistische Ansprüche handelt. Von diesem Gesichtspunkte aus wird es zu billigen sein, daß der Deutsche Entwurf sowohl in erster (§§ 774—777) wie in zweiter Lesung (§§ 695—697)[19]) über die Exhibitionspflicht Bestimmungen getroffen und dieselben ins Obligationenrecht gestellt hat, da der Anspruch auf Vorweisung ein persönlicher ist (L. 3 § 3 D. h. t. Est autem personalis haec actio)[20]). Dagegen hat in Beziehung auf die systematische Anordnung und die Titelüberschrift Bekker (System II S. 131) mit Recht bemerkt, daß dieselbe „irrationell" sei, weil „Vorlegung und Offenbarung" nicht die das Schuldverhältniß erzeugenden Vorgänge sind[21]).

---

18) Vergl. Zusammenstellung VI S. 529.

19) Ueber die Unrichtigkeit des § 695 in sprachlicher Beziehung vergl. Unger Handeln auf eigene Gefahr, 2. Aufl. S. 14 Note 18.

20) Donellus (Comm. XIII L. XX cap. 9 §§ 2 sq. p. 68 sq.) hat bekanntlich der actio ad exhibendum dinglichen Charakter beilegen wollen (vergl. dagegen Glück XI S. 189 fg.) und Brinz Pandekt. II² S. 687. 688 ist geneigt, ihm hierin beizutreten.

21) Diese Bemerkung trifft auch den Deutschen Entw. in zweiter Lesung („Vorlegung von Sachen, Rechnungslegung, Auskunftsertheilung"); ebenso das Sächsische Gesetzb. §§ 1565—1567 („Von den Forderungen auf Vorlegung einer Sache") und den Baier. Entwurf (Art. 970 fg.). Korrekter ist insofern der Dresdener Entw. (Art. 1041—1045), als die

Besteht nun aber im heutigen Recht überhaupt noch ein Bedürfniß zur Beibehaltung und Gewährung der actio ad exhibendum?

Die actio ad exhibendum hat im römischen Recht bekanntlich verschiedene und verschiedenartige Funktionen zu erfüllen. Es ist daher zu untersuchen, ob und in welchen Fällen die praktischen Zwecke, welchen diese Klage dient, auch noch im modernen Rechte zu ihrer Erreichung derselben bedürfen.

Die actio ad exhibendum dient im römischen Recht zunächst dazu, die Zulassung zur Wegnahme auf einem fremden Grundstück befindlicher Sachen zu erwirken, deren Abfuhr der Grundeigenthümer kraft seines jus prohibendi nicht gestatten will (L. 5 § 5. L. 9 § 1. L. 15 D. h. t. L. 25 D. de A. E. V. (19. 1) L. 16 pr. D. de praescr. verb. (19. 5)[22]) Im heutigen Recht hat jedoch dieses tollere pati einen sachenrechtlichen Charakter[23]), und es erscheint die Duldungspflicht des Grundeigenthümers als eine gesetzliche Beschränkung eines Eigenthums (vergl. Entwurf I § 867)[24]).

Ueberschrift der 10. Abtheilung lautet: „Schuldverhältnisse aus Zuständen", da in der That „aus der Detention von Sachen unter Umständen die Belangbarkeit auf Exhibition derselben entspringt" (Brinz S. 679). Aber freilich ist diese „Abtheilung" im Dresdener Entw. sehr dürftig, da sie nichts als die Exhibitionspflicht regelt, während die „Schuldverhältnisse aus ungehöriger Bereicherung" in der 8. Abtheilung normirt und in der 9. Abtheilung systemwidrig die „Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen" behandelt werden.

22) Vergl. Demelius S. 59. 60. 71 fg. Brinz S. 683. 694. Vangerow III § 707 III 1.

23) Es ist daher auch nicht zu billigen, daß der Baier. Entw. (Art. 970. 972) diesen Fall ins Obligationenrecht stellt; vergl. dagegen auch die Protokolle der Dresdener Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechts S. 3795 fg.

24) Vergl. Unger Handeln auf eigene Gefahr 2. Aufl. S. 13. Bei der zweiten Lesung hat § 867 eine Fassung erhalten, wodurch zum Ausdruck gebracht wird, daß das Zutrittsrecht nicht bloß gegen den

Im vorjustinianischen Recht hatte die actio ad exhibendum die Funktion, im Fall eines Wahlvermächtnisses in Form des Vindikationslegates (optio vel electio legata)[25]) dem Legatar die Vornahme der Wahl zu ermöglichen. L. 3 § 6 L. 10 D. h. t. L. 12 § 2 eod. (siquis optandi gratia ad exhibendum egisset) L. 3. 4. 8 § 3 D. de opt. leg. (33. 5)[26]). Da nun im justinianischen Recht (L. 1 § 1 C. comm. de leg. 6. 43) dem Legatar, welchem eine eigene Sache des Erblassers vermacht ist, neben der dinglichen Klage ein Forderungsrecht auf Leistung des Vermachten zusteht[27]), so bedarf es nicht weiter der actio ad exhibendum zur Ermöglichung der Wahl, da der wahlberechtigte Legatar mit der persönlichen Klage ex testamento die Vorlegung der Erbschaftssachen, aus denen er die Wahl zu treffen hat, ebenso fordern kann[28]), wie nach römischem und heutigem Recht der wahlberechtigte Gläubiger die Vorweisung der betreffenden Sachen ad eligendum mit der Kontraktsklage begehren kann[29]). Der Deutsche Entwurf (§ 1865. Motive V S. 133 fg.) hat nach dem Vorbild des

---

Eigenthümer, sondern (was sich wohl ganz von selbst ergiebt) gegen den Besitzer (im Sinne der zweiten Lesung) des fremden Grundstücks zusteht. Diese Aenderung ist immerhin zu billigen, dagegen wäre es nicht gerechtfertigt und unpassend, diese Vorschrift deshalb in den Abschnitt vom Besitz zu stellen, wie dies die Berathungskommission beabsichtigt (vergl. den Bericht in Conrad's Jahrb. LXI S. 553. 554): sie gehört dorthin ebenso wenig, wie etwa die Vorschrift des Entw. I § 865 über die Unstatthaftigkeit gefahrdrohender Vertiefung des Erdbodens in der Nähe eines Nachbargrundstückes. Vgl. auch Bähr Gegenentw. § 939.

25) Vergl. darüber jetzt Karlowa Röm. Rechtsgesch. II S. 925 fg.

26) Vergl. Demelius S. 96 fg. Brinz II 682. 683.

27) Ueber diese Konkurrenz der actio in personam und in rem vergl. Windscheid III § 647 Note 3 und jetzt insbes. Salkowski in der Fortsetzung von Glück's Komment. XLIX S. 47 fg.

28) Vergl. Demelius S. 264.

29) Vergl. Brinz § 324 Note 19. 20.

österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 684)[30]) und des Züricher Gesetzbuchs (§ 2088)[31]) den unmittelbaren Eigenthumserwerb des Legatars an vermachten Nachlaßstücken — wohl mit Unrecht[32]) — aufgegeben und den Vermächtnißnehmer auf den persönlichen Anspruch gegen den Erben beschränkt. Im Fall eines Wahlvermächtnisses hat daher konsequenter Weise in der Regel der Erbe das Wahlrecht (Entw. § 1862)[33]); steht dasselbe kraft Anordnung des Erblassers dem Legatar zu, so kann er mit der actio ex testamento Vorlegung zum Zwecke der Auswahl verlangen.

Werden bewegliche Sachen verschiedener Eigenthümer in eine wieder trennbare Verbindung gebracht, so wird nach römischem Recht der Eigenthümer der Hauptsache Eigenthümer des Ganzen, und es bedarf einer Auflösung der Verbindung, um die früheren Rechtsverhältnisse wiederherzustellen. Mag man nun annehmen, daß in der Zwischenzeit das Eigenthum an der Nebensache ruht, so daß nur eine Beschränkung in der Ausübung desselben stattfindet, oder daß das Eigenthum an

---

30) Ich habe mich gegen diese Bestimmung vorlängst (System VI § 64 Anm. 1) ausgesprochen. Seither haben sich in diesem Sinne auch Pfaff und Hofmann Komment. II S. 489 energisch geäußert. Aus den Protokollen, herausgeg. von Ofner (I S. 391 fg. II S. 391. 545), geht hervor, daß über diese Frage eine lebhafte Diskussion stattgefunden hat und daß die schließlich beliebte Verwerfung des Vindikationslegats auf wiederholten starken Widerstand gestoßen ist. — Die Berufung Zeiller's Komment. II S. 634 Note * auf Höpfner Komment. §. 584 ist ganz inkonkludent.

31) Ebenso Mommsen Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht (1876) § 383 und S. 388. 389.

32) Die Ansichten pro und contra finden sich in der Zusammenstellung V S. 31 fg. Zu den Gegnern des Entwurfs in diesem Punkt gehört jetzt noch Salkowski S. 58 fg.

33) Ebenso nach österr. Recht § 656 a. b. G.B. System VI § 76 Anm. 3. Vgl. auch Arndts § 579 Anm. 2 a. E. Pfaff und Hofmann II S. 419. 420.

der Nebensache untergeht und erst wieder aufleben und repristinirt werden soll[34]): immer bedarf es einer vorhergehenden Trennung, welche durch die **actio ad exhibendum** bewirkt wird. Diese Klage (**ad separandum**) hat hier somit die Funktion, die Vindikation zu ermöglichen. L. 6. 7 §§ 1. 2 D. h. t. (10. 4). L. 23 § 5 D. de R. V. (6. 1). L. 7 § 10 D. de A. R. D. (41, 1). Man kann also den Ring nicht im Stein und aus dem Stein, das Rad nicht an und aus dem Wagen vindiziren, sondern die einen trennbaren Bestandtheil des Ganzen bildende Nebensache muß erst wieder ihre frühere Selbständigkeit erlangt haben, um vindizirbar zu sein. In der heutigen gemeinrechtlichen Praxis wird jedoch das Trennungsbegehren mit der Eigenthumsklage kumulirt, so daß das Exhibitorium in dem Petitorium gewissermaßen aufgeht[35]). Die moderne Auffassung geht dagegen dahin, daß durch eine wieder lösbare Verbindung beweglicher Sachen verschiedener Eigenthümer an den Eigenthumsverhältnissen nichts geändert wird. Das Eigenthum an der Sache, welche nunmehr den Bestandtheil einer anderen Sache bildet, geht weder unter noch ruht es, sondern es dauert unverändert fort, wie dies ja auch nach römischem Recht der Fall ist, wenn keine der verbundenen Sachen als Hauptsache erscheint (L. 5 § 1 D. de R. V. 6. 1. L. 12 § 1. L. 27 § 2 D. de A. R. D. 41. 1). Der Eigenthümer der verbundenen Sache kann dieselbe sofort vindiziren, und die vorzunehmende Trennung hat nicht den Zweck, die Vindikation, sondern die Restitution zu ermöglichen: die Sepa-

34) Die Literatur dieser rein theoretischen Streitfrage bei Windscheid I § 188 Note 13. § 189 Note 4 und bei Arndts § 152 Anm. 2. — Wendt Pandekt. § 132 spricht sich gleich Kohler in diesen Jahrb. XXVI S. 50 fg. für die Repristinationstheorie aus, während Ihering Geist II⁴ 2 S. 373 und Bekker Aktionen I S. 226 Note 43. Pand. I S. 295 ruhendes Eigenthum (**dominium dormiens**) annehmen.

35) Vergl. Demelius S. 263. 264.

ration geht der Vindikation nicht vorher, sondern folgt auf dieselbe. Man kann daher den Ring in und aus dem Stein, das Rad an und aus dem Wagen ohne weiteres vindiziren: die Eigenthumsklage geht zugleich auf Trennung und auf Herausgabe[36]). Die Trennung erfolgt auf Kosten und Gefahr des Eigenthümers der verbundenen Sache (somit auf fremde Gefahr), dafern nicht der Eigenthümer des Ganzen die Verbindung mala fide vorgenommen hat[37]). Auf diesem Boden steht in Uebereinstimmung mit den meisten neueren Gesetzgebungen[38]) auch der Deutsche Entwurf. Aber dies tritt nur in den Motiven (II S. 890, III S. 357) hervor,

36) Dies bestimmt ausdrücklich das sächsische Gesetzb. § 311. Vgl. Grützmann Lehrb. des sächs. Privatr. I S. 206.

37) Mit Unrecht bestimmt das sächsische Gesetzb. § 311, daß, vom Fall der mala fides abgesehen, die Kosten der Trennung von beiden Theilen proportionell zu tragen sind. Vergl. dagegen auch Bähr Gegenentwurf § 885 Abs. 2.

38) Preuß. Landr. I 9 § 298 (vergl. Dernburg Preuß. Privatr. I § 235 Note 9. § 246 Note 16). Oesterr. Gesetzb. §§ 414. 415 (vgl. westgaliz. Gesetzb. II §§ 146. 147. Zeiller Komment. II S. 143 Note ** a. E. Krainz System II S. 59. Unrichtig Demelius S. 276 und Burckhard System des österr. Privatr. II S. 112. 125. 136, der überdies dominium dormiens und Wiederaufleben des erloschenen Eigenthums für identisch hält). Zürcher. Gesetzb. § 640. Sächsisches Gesetzb. §§ 247. 311. Baier. Entw. Art. 109 Abs. 2. Nur der Code civil art. 566 enthält die unvernünftige Bestimmung, daß selbst im Falle der Trennbarkeit verbundener beweglicher Sachen der Eigenthümer der verbundenen Nebensache die Trennung und Herausgabe nicht verlangen kann, und dies ist um so befremdender, als bei der trennbaren Verbindung einer beweglichen Sache mit einer unbeweglichen Sache das Gegentheil gilt (Demolombe Cours de Code Napoléon IX p. 172 sq.). Diese Bestimmung hat daher in der französischen Jurisprudenz vielfach Tadel gefunden. Vergl. Demolombe Cours de Code Napoléon X p. 158 sq. Noch viel schärfer äußert sich darüber der vor kurzem verstorbene Acollas Manuel de droit civil I p. 601. 602, der überhaupt ein verbissener Gegner des Code Napoléon war. In diesem Punkte weicht denn auch der Codice civile italiano Art. 464 von seinem sonstigen Vorbilde ab.

welche wiederholt hervorheben, daß „das Bestandtheilsverhältniß nach dem Entwurfe nicht wie im römischen Recht die Vindizirbarkeit des Theiles vor der Trennung beeinträchtigt", und daß „nach dem Entwurf, wie nach modernem Recht, ein Bestandtheil behufs der Vindikation nicht zuvörderst zu einer selbständigen Sache gemacht werden muß." In dem Gesetzbuch selbst kommt dies jedoch nicht zum Ausdruck, indem der Entwurf I § 891[39]) nur von der untrennbaren (§ 782) Verbindung beweglicher Sachen handelt[40]), ohne die lösbare Verbindung solcher Sachen zu normiren. Es dürfte sich aber doch wohl empfehlen, in das Gesetzbuch eine ausdrückliche Bestimmung des Inhalts aufzunehmen, daß, falls die Verbindung beweglicher Sachen ohne wesentliche Schädigung und ohne unverhältnißmäßige Kosten aufgehoben werden kann, das Recht des Eigenthümers an der verbundenen Sache fortdauert und derselbe mit der Herausgabe zugleich die Trennung und zwar in der Regel auf eigene Gefahr und Kosten verlangen kann[41]).

Der ursprüngliche und regelmäßige Zweck der actio ad exhibendum besteht bekanntlich darin, eine andere Klage, die Hauptklage, actio directa, directum judicium, L. 3 § 13. L. 17 D. h. t. 10. 4), und zwar insbesondere die Eigenthumsklage vorzubereiten: präparatorische Funktion. L. 1 D. h. t. (Ulp.) Haec actio perquam necessaria est . . . et maxime propter vindicationes introducta est[42]).

39) Hieran wurde auch bei der zweiten Lesung des Entwurfs nichts geändert. Vergl. den Bericht in Conrad's Jahrb. LXI S. 692.

40) Die Bemerkungen von Meischeider in den Beiträgen Heft 8 S. 84 über § 891 scheinen auf einer Nichtberücksichtigung des § 782 des Entwurfs I zu beruhen.

41) Eine derartige Bestimmung hat auch Bähr in seinen Gegenentwurf § 885 aufgenommen.

42) Demelius S. 65 fg. Lenel Edict. perp. p. 174.

„Ohne die Gewißheit, daß die beim Beklagten befindliche mit der in der Vindikation zu designirenden Sache identisch ist, riskirt Vindikant Vergeblichkeit der Klage; Vorweisung dieser Sache ist darum nicht nur in seinem Interesse, sondern auch etwas, wofür er einen rechten und gerechten Grund anführen und was denn auch der Besitzer rechtschaffener Weise (ex bono et aequo) nicht ablehnen kann. Dasselbe gilt von allen anderen in rem actiones, insofern sie restitutorisch und auf eine bewegliche Sache[43]) gerichtet sind." (Brinz Pandekt. II² S. 680.) In dieser Funktion hat sich die actio ad exhibendum bis auf den heutigen Tag gemeinrechtlich erhalten und bewährt[44]), und der Deutsche Entw. (I § 774. II

43) Es ist bekanntlich sehr bestritten, ob das exhibere nach römischem Recht nur auf bewegliche Sachen geht (Demelius S. 62 fg. Brinz S. 680. Keller Pandekt. § 381) oder auch auf unbewegliche (Bekker Aktionen I S. 228 Note 55. Arndts § 346 Anm. 2 a. E. Windscheid II § 474 Nr. 5). Für das moderne Recht ist Letzteres wohl außer Zweifel. Vergl. jedoch westgal. Gesetzb. II § 89.

44) Im westgalizischen Gesetzb. II § 89 war die actio ad exhibendum in ihrer präparatorischen Funktion für die Eigenthumsklage noch enthalten. Bei der Berathung des bürg. Gesetzb. vom Jahre 1811 wurde dieselbe zunächst noch beibehalten (Protokolle I S. 249), in den Sitzungen vom 20. Juli und vom 10. Aug. 1807 (Protokolle II S. 375) jedoch auf Antrag des Vizepräsidenten Haan beseitigt, welcher meinte, es könnte „die actio ad exhibendum zu den unbeschränktesten Neckereien Anlaß geben und den Besitzer, der doch das Recht des guten Leumunds für sich hat und von dem Gesetze vorzüglich in Schutz genommen wird, unzähligen Verlegenheiten aussetzen, ja ihn an der ungestörten Benützung hindern". Zeiller stimmte diesem Antrage bei und beruhigte sich bei dem Gedanken, daß ja die actio ad exhibendum „nicht verworfen wird", wogegen Pratobevera das Bedenken aussprach, daß „wenn das Gesetz diesen Fall mit Stillschweigen überginge, derselbe stets in Zweifel gezogen und bestritten werden würde, wo sodann die Richter keine Cynosur hätten und vielleicht . . . . diese Klage stets verwerfen würden, die doch gewiß oft mit gutem Gemüthe angestrengt werden kann". Diese Vorhersagung ist bekanntlich in Erfüllung gegangen (vergl. Krasnopolski in Grünhut's Zeitschr. XIX S. 760) und sie mußte dies um so mehr, als

§ 695) hat sie mit Recht zu solchem Zweck aufgenommen. Soll aber dieser Zweck erreicht werden, so muß es genügen, daß der Hauptanspruch, also namentlich das Eigenthum, resp. die dereinstige Zuständigkeit der directa actio nur bis zur Wahrscheinlichkeit dargethan wird (summatim cognoscere)[45]. Es ist verkehrt und grundlos, wenn die Motive (II S. 891) ohne Motivirung behaupten, daß der Hauptanspruch bewiesen werden müsse und daß „die bloße Glaubhaftmachung, welche nach gemeinem Recht ausreichend ist, nicht genüge": durch ein solches Hysteronproteron würde das Exhibitionsrecht ganz illusorisch[46]. Auf dem Boden des römischen und des gemeinen Rechtes ist es streitig, ob die Exhibitionsklage nur zur Vorbereitung dinglicher Klagen oder auch wegen persönlicher Ansprüche in Ansehung einer Sache angestellt werden kann[47]. Letzteres gilt ohne Zweifel im modernen Recht.

Zeiller in seinem Kommentar II S. 144. 145 diese Klage geradezu verwarf, da dieselbe „eine strenge philosophische Prüfung nicht aushält" und die prozessuale Gleichstellung der Parteien verletze. Dagegen habe ich mich schon in meiner Erstlingsschrift (Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für Sachsen 1853 S. 99. 100) ausgesprochen, und hierin ist Demelius S. 275 mir beigetreten.

45) Vergl. Windscheid II § 474 Note 10. Brinz II S. 689.

46) Vergl. Fischer Beiträge Heft 6 S. 39. Bähr Gegenentw. S. 160 in der Anmerkung zu § 771. Es würde sich deshalb wohl empfohlen haben, bei der zweiten Lesung eine ausdrückliche Bestimmung des Inhalts aufzunehmen, daß schon die bloße Bescheinigung (Glaubhaftmachung) des Hauptanspruchs zur Geltendmachung des Exhibitionsbegehrens genüge, wie sich dies im zürcher. Gesetzb. § 1818, in dem baier. Entw. Art. 970 und in Bähr's Gegenentw. § 771 findet.

47) Demelius S. 135 fg. Brinz Pandekt. II § 324. Arndts Pandekt. § 346 Anm. 1a und Dernburg Pandekt. I § 185 Note 7 lassen die Exhibitionsklage nur bei Noxalklagen und gewissen Interdikten zu, die herrschende Meinung gestattet sie jedoch bei allen persönlichen Ansprüchen (Windscheid II § 474 zu Note 8. Keller Pandekt. § 381 und jetzt insbes. Wendt Pandekt. § 283).

Auch der Deutsche Entw. (I § 774, II § 695) spricht von Ansprüchen schlechthin [48]).

Daß nun in solchen Fällen die Exhibition in der Regel auf Gefahr und Kosten des Imploranten stattzufinden hat [49]), hatte der Deutsche Entwurf schon in erster Lesung (§ 776) ausgesprochen. Bei der zweiten Lesung wurde dieser Vorschrift noch hinzugefügt, daß der Exhibitionspflichtige die Vorlegung verweigern kann, bis ihm der Implorant die Kosten vorgeschossen und wegen der Gefahr Sicherheit geleistet hat (§ 697 Abs. 2). Auch wurde in § 697 Abs. 1 passender Weise ausgesprochen, daß die Vorlegung an dem Orte zu erfolgen hat, wo sich die vorzulegende Sache befindet, daß jedoch jeder Theil die Vorlegung an einem anderen Orte verlangen kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt [50]). Es wird Sache der Jurisprudenz sein, diese gesetzlichen Bestimmungen in der Richtung zu ergänzen, daß der Exhibitionspflichtige ausnahmsweise Kosten

48) Im baier. Entw. Art. 970 und im dresden. Entw. Art. 1011 heißt es explicite: „wegen eines dinglichen oder persönlichen Anspruchs (Rechtes)". Vergl. auch sächs. Gesetzb. § 1565. — Das westgal. Gesetzb. II § 89 ließ die Exhibitionsklage nur zum Zwecke der Vorbereitung dinglicher Klagen zu: „wenn weder von einem Eigenthums- noch von einem Inhabungsrechte die Rede ist, so findet dieses Verlangen nicht statt". Bei der Berathung des bürgerl. Gesetzb. von 1811 wollte man anfangs die Exhibitionsklage nur für Eigenthumsklagen zulassen, „weil eine allgemeine weitere Ausdehnung, wie etwa auf alle, die ein persönliches Recht zur Sache durchsetzen wollen, zu vielen Neckereien Anlaß geben würde" (Protokolle I S. 249). Später bemerkte Zeiller (Protokolle II S. 375), „es könne jemandem auch eines persönlichen Rechtes wegen daran gelegen sein, eine von Anderen besessene Sache zu besichtigen, z. B. wegen erlittener Beschädigungen von einem fremden Thiere oder wegen einer erkauften und noch nicht übergebenen Sache u. dergl." Schließlich ließ man, wie erwähnt (Note 44), die Exhibitionsklage gänzlich fallen.

49) Ueber die nöthigen Kautelen bei der Exhibition zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses vgl. Kohler Prozeßrechtliche Forschungen S. 78 fg.

50) Vergl. den Bericht in Conrad's Jahrb. LX S. 539.

und Gefahr der Vorlegung zu tragen hat, wenn er die Sache doloser Weise an einen anderen Ort geschafft hat, oder wenn die Exhibition auf sein Verlangen an einem anderen Ort stattfindet (L. 11 § 1 D. h. t. L. 12 § 1 D. depos. 16. 3).

Die gleichen Grundsätze in Ansehung von Gefahr und Kosten gelten für die Vorlegung von Urkunden. Es handelt sich hier um die civilistische Pflicht zur Edition von Urkunden zum Zweck der Einsichtnahme resp. Abschriftnahme, von welcher die prozessuale Editionslast verschieden und scharf zu trennen ist[51]): jene gehört in das privatrechtliche Gesetzbuch[52]), diese in die Civilprozeßordnung. Während nun der Deutsche Entwurf in erster Lesung (§ 775) eine Vorschrift enthielt, welche sich in einem eigenthümlichen Zirkel bewegte, indem der Entwurf in Ansehung der Editionspflicht auf die Civilprozeßordnung verwies, die ihrerseits wieder auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts verweist (CPO. §§ 387. 394)[53]), ist bei der zweiten Lesung eine Bestimmung aufgenommen worden, welche diesem Mangel abhilft und die privatrechtliche Editionspflicht nach dem Vorbild mancher modernen Gesetzgebungen[54]) regelt, indem § 696 vorschreibt:

51) Vergl. Vangerow III § 708. Demelius S. 127 fg. 269 fg. Windscheid II § 474 Nr. 6. Apt Die Pflicht zur Urkundenedition 1892 (eine gute Abhandlung), und insbesondere Kohler im civil. Arch. LXXIX Nr. 1.

52) Die Verfasser des österr. bürg. Gesetzb. haben die civilistische Editionspflicht nicht gehörig erkannt und die ganze Materie mit Unrecht der Gerichtsordnung überlassen (Protokolle I S. 249). Vergl. jedoch § 844 a. b. G. B. (westgal. Gesetzb. II § 673. L. 5 D. fam. ercisc. 10. 2). Auch die österreichischen Schriftsteller (Ullmann Civilprozeßr. 3. Aufl. S. 302. 303. 458. 459. Canstein Lehrb. des österr. Civilpr. 2. Aufl. I S. 495 fg.) halten materiellrechtliche und prozessuale Editionspflicht nicht streng genug auseinander.

53) Ueber diesen circulus vitiosus vergl. Fischer Beiträge Heft 6 S. 39. Bähr Gegenentwurf Anmerkung zu § 772. Apt S. 68 fg.

54) Sächsisches Gesetzb. § 1566. Dresdener Entw. Art. 1042. 1043 und insbes. baier. Entw. Art. 973. 974.

„Wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitze befindliche Urkunde einzusehen, kann von deren Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem Anderen bestehendes Rechtsverhältniß beurkundet ist, oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem Anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind“ [55]).

III.

Wer eine bewegliche Sache für einen Anderen in Verwahrung nimmt, leistet dem Hinterleger einen Gefälligkeitsdienst. Es ist eine Forderung der Billigkeit, daß man aus einer solchen Dienstleistung nicht zu Schaden komme: aequum est, nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse (L. 61 § 5 D. de furt. 47. 2). Die Obhut findet ausschließlich oder, falls eine Vergütung dafür versprochen oder geleistet wird, wesentlich und überwiegend im Interesse und zum Vortheil des Deponenten statt und muß daher auf seine Gefahr und Kosten gehen: der Depositar soll aus der Verwahrung keinen Schaden erleiden. Der Hinterleger hat somit insbesondere den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache dem Verwahrer ohne dessen Verschulden (L. 61 § 7 D. cit. 47. 2. L. 26 § 7 D. mand. 17. 1) verursachten Schaden schlechthin zu ersetzen, mag er sich gleich in entschuldbarer Unkenntniß über die gefahrdrohende Eigenschaft der deponirten Sache befunden haben. Denn wenn es sich einmal darum handelt, ob er oder der Depositar unter den Folgen seiner

55) Vergl. den Bericht in Conrad's Jahrb. LX S. 537. 538.

Unkenntniß leiden soll, so kann die Wahl in der That nicht zweifelhaft sein (vergl. Jhering in diesen Jahrb. IV S. 34. 35). Auch in diesem Falle gilt, was Ulpian zur Begründung der unbedingten ädilitischen Haftung des Verkäufers für heimliche Mängel und Fehler der verkauften Sache anführt: etiamsi ignoravit . . . tamen teneri debere; nec est hoc iniquum, potuit (et debuit) enim ea nota habere venditor, neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate (L. 1 § 2 D. de aed. edict. 21. 1). Wie der Verkäufer die Beschaffenheit der verkauften Sache[55a]), so muß auch der Deponent die Beschaffenheit der hinterlegten Sache kennen.

In diesem Sinne spricht sich denn auch Afrikanus (in libro VIII. Quaestionum) in der vielbesprochenen L. 61 (62) § 5 D. de furt. (47. 2) aus. Allerdings motivirt Afrikanus die unbedingte Haftung sowohl des Mandanten

55a) So auch nach österr. Recht. Die Normirung der Gewährleistung im österr. Gesetzbuch (§§ 922—933) gehört jedoch zu den schwächsten und mangelhaftesten Partien des österr. Gesetzbuchs: Gewährleistung wegen rechtlicher und physischer Mängel wird bunt durcheinander geworfen; der Anspruch im Fall von Eviktion wird nur indirekt normirt (§ 931); die actio quanti minoris hat eine räthselhafte Ausgestaltung und unklare Formulirung erfahren; die Einreden verjähren in derselben Frist wie die Klagen (System II § 125 Note 46). Am wunderlichsten aber ist die Bestimmung des § 928, wonach unter den „Eigenschaften" der veräußerten Sache, für welche der Veräußerer einstehen muß, die „Eigenschaft" ihres „Nochvorhandenseins" angeführt wird. Der ärgste Mangel, der schwerste Fehler, an dem eine Sache leiden kann, besteht freilich im Ermangeln, im Fehlen derselben: aber kann denn eine „nicht mehr vorhandene Sache" entwährt werden oder mit physischen Mängeln behaftet sein?! Die Worte des § 928: „wer eine nicht mehr vorhandene Sache veräußert", sind verba fugitiva, welche zu § 878 gehören (L. 15 pr. L. 57 pr. D. de C. E. 18. 1. L. 1 § 9 D. de O. et A. 44. 7) und schon durch die Vorschrift dieses § gedeckt sind, dessen dritter Satz aber freilich durch die Häufung und Verschwommenheit der Ausdrücke zu neuen Zweifeln Anlaß giebt.

als des Deponenten für das von dem auftragsgemäß gekauften oder hinterlegten diebischen Sklaven verübte Furtum durch Unterstellung einer Culpa: nam certe mandantis culpam esse qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter ejus qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret. Allein diese Culpa ist nicht ein eigentliches Verschulden, welches im konkreten Fall erst individuell zu ermitteln wäre, sondern eine Culpa in abstracto, eine Schuld schlechthin und ohne weiteres: es ist Sache des Deponenten, die Beschaffenheit der von ihm hinterlegten Sache zu kennen, und daher seine Schuld (in diesem uneigentlichen Sinne), wenn ihm die gefahrdrohende Eigenschaft derselben unbekannt geblieben ist: er haftet, nicht wenn er die schadenbringende Eigenschaft der hinterlegten Sache kannte oder kennen mußte, sondern weil er dieselbe kennen mußte. Diese Begründung und Rechtfertigung der unbedingten Haftung durch Zurückführung auf ein Verschulden „gewissermaßen" (aliquatenus culpae reus est, cf. L. 5 § 6 D. de O. et A. 44. 7. § 3 J. de obl. quasi ex del. 4. 5) entspricht dem Bestreben der römischen Juristen, derselben eine subjektive Wendung und Unterlage zu geben[56]). Daß Afrikanus[57]) die Haftung des (Mandanten und) Deponenten nicht auf die Fälle einer wahren Culpa, eines wirklichen Verschuldens beschränken wollte, geht schon aus der anderweitigen Motivirung hervor, daß der Depositar justissime allegare potest, non fuisse se id damnum passurum, wenn er die Sache nicht in Verwahrung genommen hätte, sowie aus dem gegenseitigen Abwägen der

56) Vgl. Unger Handeln auf eigene Gefahr 2. Aufl. S. 65 Note 8.

57) Vergl. über diesen jüngeren Zeitgenossen und wahrscheinlich Schüler Julianus' Krüger Geschichte der Quellen des R. R. S. 177 fg. Karlowa Röm. Rechtsgesch. I S. 711 fg. Vergl. auch Kalb Roms Juristen S. 66 fg.

einerseits für den Deponenten und andererseits für den Depositar sprechenden Billigkeitsgründe, während doch gar nicht von Billigkeit, sondern nur von strenger Gerechtigkeit die Rede sein könnte, wenn es sich um ein eigentliches Verschulden des Deponenten handeln würde[58]).

Diese unbedingte, von individuellem Verschulden unabhängige Haftung des Deponenten für den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache verursachten Schaden wurde in älterer Zeit von den Romanisten durchgehends anerkannt[59]) und hat sich in der französischen Jurisprudenz stets erhalten[60]). In der neueren gemeinrechtlichen Doktrin ist jedoch unter der übermächtigen Herrschaft des Schuldprinzips die Ansicht zur allgemeinen Geltung gelangt, daß der Deponent bloß im Fall von Dolus und eigentlicher Culpa (culpa levis) zu haften hat[61]), während Ihering (in diesen Jahrb. IV S. 37) und Mommsen (Erörter. II S. 69. 70) in richtiger Interpretation der L. 61 § 5 cit. die unbedingte Haftung des Hinterlegers vertreten[62]).

---

58) Daß mit L. 61 § 5 cit. die L. 31 D. de pign. act. (13. 7) nicht in Widerspruch stehen kann, ergiebt sich daraus, daß diese Stelle gleichfalls von Africanus herrührt, qui sibi ipsi non censendus est contrariari, wie schon Voet Comment. ad Pand. Lib. XVI Tit. III § 10 bemerkt hat. Vergl. zu dieser Stelle insbes. Mommsen Erörter. II S. 70.

59) Vergl. Voet l. c. Meerman Thesaurus III p. 296 und die Note 72 angeführten Schriftsteller.

60) Pothier Traité du contrat de dépôt (in dem Traité des contrats de bienfaisance) nr. 70.

61) Löhr Theorie der Culpa S. 143 fg. Hasse Die Culpa 2. Aufl. S. 401 fg. Unterholzner Lehre von den Schuldverhältnissen II § 662. Dernburg Pfandr. I S. 162. 163. Pandekt. II § 92 Nr. 2. Keller Pandekt. S. 581. Arndts Pandekt. § 285. Brinz Pandekt. II S. 607. 610. Baron Pandekt. § 277.

62) Windscheid Pandekt. II § 378 Note 16, welcher gleichfalls behauptet, daß der Deponent nur wegen Nachlässigkeit hafte, giebt zu, daß die Auslegung der L. 61 (62) § 5 cit. „streitig und nicht zweifellos sei",

Auf diesem Standpunkt der Haftung aus Schuld stehen auch die meisten modernen Gesetzgebungen und Entwürfe und lassen den Deponenten für den aus der Verwahrung entspringenden Schaden nicht unbedingt, sondern nur im Fall von Unredlichkeit oder Nachlässigkeit haften. So das preuß. Landrecht (I 14 §§. 42. 43)[62a]), das österreichische Gesetzbuch (§ 967)[63]) und das schweizerische Bundesgesetz (Art. 477); ferner der baierische (Art. 675) und der dresdener Entwurf (Art. 745). Nur das französische Gesetzbuch (Art. 1947) macht eine rühmliche Ausnahme, indem

glaubt jedoch, daß „es nicht nothwendig sei", sie in dem hier vertretenen Sinne zu verstehen. — Der Ansicht von Ihering und Mommsen schließt sich auch Koppel an in seiner Inauguraldissertation: Haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für den zufälligen Schaden? 1886 (S. 14 fg. 24 fg.).

62a) Hiernach haftet der Deponent nur für geringes Versehen und bei dem depositum miserabile gar nur für mäßiges Versehen. Die letztere Bestimmung ist wohl aus der Erwägung hervorgegangen, daß der Deponent bei einer in dringender Gefahr vorgenommenen Hinterlegung nicht mit der sonst erforderlichen Vorsicht und Sorgfalt vorgehen kann: sie erscheint aber um so unbilliger gegen den Depositar, der in solchen Fällen dem in der Nothlage Deponirenden einen um so größeren Dienst erweist.

63) Es ist sehr bemerkenswerth, daß sich (abweichend von dem Codex Theresianus III Cap. VI § V nr. 51) noch in Horten's Entwurf (III 6 § 31) die Vorschrift fand: „Wenn jemand, es sei wissentlich oder unwissentlich, eine mangelhafte Sache bei einem Anderen hinterlegt und dieser dadurch einen Schaden erlitten hat, ohne daß ihm wegen versäumter Abwendung dieses Schadens eine Schuld beigemessen werden kann, so muß ihn der Hinterleger ersetzen." Erst in Martini's Entw. (III 4 § 40) wurde, wahrscheinlich unter dem Einflusse des preuß. Landrechts, festgesetzt, daß der Hinterleger dem Verwahrer „den schuldbarer Weise verursachten Schaden zu ersetzen hat". Ebenso westgal. Gesetzb. III § 141. Diese Aenderung ist um so weniger zu billigen, als nach § 1014 a. b. G. B. bei dem Mandat, mit welchem doch das Depositum eine innere Verwandtschaft hat (weshalb denn auch L. 61 § 5 cit. beide Geschäfte zugleich und gleichmäßig behandelt), das Gegentheil gilt. Vergl. dagegen auch Strohal Gutachten S. 151.

es an der älteren Lehre festhält und der Billigkeit entsprechend die Verwahrung auf Gefahr des Hinterlegers stattfinden läßt[64]. Der Codice civile italiano (art. 1862) folgt hierin seinem Vorbild.

Der Deutsche Entwurf hält in Uebereinstimmung mit seiner sonstigen Haltung auch in diesem Fall an dem Schuldprinzip fest. In erster Lesung lautet die betreffende Vorschrift (§ 622): „Der Hinterleger hat den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache dem Verwahrer verursachten Schaden zu ersetzen, wenn er die schadendrohende Beschaffenheit der Sache gekannt hat oder kennen mußte und dem Verwahrer diese Beschaffenheit nicht angezeigt hat." Die Begründung, welche die Motive (II S. 581. 582) dafür geben, entspricht ganz der doktrinären, dem Leben abgewandten, Rücksichten der Billigkeit unzugänglichen Auffassung, welche den ersten Entwurf charakterisirt. Aber auch bei der zweiten Lesung „lehnte man es ab, dem Hinterleger eine vom Verschulden unabhängige Gewährpflicht für die Unschädlichkeit der hinterlegten Sache aufzuerlegen; der Vorschlag erschien insbesondere bei der entgeltlichen Hinterlegung unbillig"[65]. Soll hiermit wirklich

---

64) Laurent Principes de droit civil XXVII nr. 130 (p. 147. 148) rechtfertigt diese Bestimmung mit der Bemerkung: que le dépositaire ne doit jamais souffrir une perte par le dépôt. Vergl. auch Pont Les petits contrats I nr. 510. Der Code civil art. 1947 geht jedoch zu weit, indem er den Deponenten verpflichtet, den Depositar unbedingt für alle Verluste (pertes) zu entschädigen, que le dépôt peut lui avoir occasionées, während es im Regierungsentwurf beschränkter hieß: que peut lui avoir causées la chose déposée. Das badische Landr. giebt denn auch den Art. 1947 in der Fassung wieder, daß der Hinterleger den Depositar für allen Verlust entschädigen muß, den die Hinterlegung ihm verursacht hat.

65) Vergl. den Bericht in Conrad's Jahrb. LIX S. 895. Der Entwurf I § 622. II § 634 beschränkt die Haftung des Deponenten, da er eben auf dem Standpunkte des Verschuldens steht, auf den Fall der schuld-

gesagt sein, daß es auch bei der „unentgeltlichen" Hinterlegung der Billigkeit entspricht, officium suum sibi damnosum esse? Aber auch wenn für die Verwahrung eine „Vergütung" zugesagt oder gewährt wird, wie dies im modernen Recht zulässig ist[66]), verliert das Depositum dadurch seinen typischen Charakter eines Gefälligkeitsdienstes (officium) ebensowenig wie ein Mandat durch Gewährung oder Zusicherung eines Honorars (L. 6 pr. L. 7 D. mand. 17. 1. L. 1 C. eod. 4. 35) oder wie eine Schenkung durch die Absicht, eine Remu-

haften Unkenntniß der gefahrbringenden Beschaffenheit der Sache zur Zeit der Hinterlegung. Allein der Depositar soll überhaupt und durchwegs aus der Verwahrung keinen Schaden erleiden: für ihn ist es gleichgültig ob das in Verwahrung genommene Pferd schon zur Zeit der Uebernahme in Verwahrung mit dem Keim einer ansteckenden Krankheit behaftet war oder ob dieselbe erst hinterher entstanden ist.

66) So auch der Deutsche Entw. I § 615. II § 629 (Motive II S. 571) nach dem Vorbild der meisten neueren Gesetzgebungen (bayer. Landr. IV 2 § 7; preuß. Landr. I 14 §§ 17. 48; österr. Gesetzb. § 969; sächs. Gesetzb. § 1263; schweiz. Bundesges. Art. 475 Abs. 2). Die versprochene oder gewährte Vergütung ist zwar eine Gegenleistung, aber kein Aequivalent: es findet kein gegenseitiger Austausch von Leistungen statt (vergl. Cod. civ. a. 1104: le contrat n'est pas commutatif. Die ältere Theorie sprach hier von contractus bilateralis inaequalis). In der französischen Jurisprudenz herrscht Streit darüber, da einerseits Art. 1917 das dépôt als einen contrat essentiellement gratuit bezeichnet, während andererseits Art. 1928 von einem salaire stipulé pour la garde du dépôt spricht. Troplong Comment. du dépôt nr. 11—13 und Laurent Principes de droit civil XXVII nr. 77 meinen, daß im Fall der Zusicherung einer Vergütung das Depositum nur uneigentlich so genannt werde, in Wahrheit aber ein contrat de louage vorhanden sei. Die richtige Ansicht geht dahin, daß mit den Worten des Art. 1917 nur ausgesprochen sein soll, daß das Depositum seinem Wesen nach unentgeltlich sei und seine Natur durch Zusicherung einer Vergütung nicht verliere oder verändere, ähnlich wie L. 1 § 4 D. mand. (17. 1) ausspricht: mandatum nisi gratuitum nullum est und dennoch ein Salarium (Honorar) für die Besorgung des Auftrages versprochen werden kann. Vergl. Zachariä Handb. II § 401 Note 1, und insbes. Pont Les petits contrats I nr. 377.

neration zu üben, den Charakter der Liberalität: das Depositum ist und bleibt seiner Natur nach „unentgeltlich", wenngleich es im heutigen Recht die Zusicherung oder Gewährung einer Vergütung (**salarium**, Honorar) verträgt, ohne jedoch dadurch zu einem Lohndienst (Dienstvertrag, Lohnvertrag) zu werden[67]. Immerhin ist jedoch bei der zweiten Lesung ein Fortschritt gemacht worden, indem nach dem Vorbild des schweizerischen Bundesgesetzes Art. 477 „die Beweislast umgekehrt wurde"[68]: der Hinterleger hat zu beweisen, daß er sich in entschuldbarer Unkenntniß über die gefahrbringende Eigenschaft der hinterlegten Sache befunden hat (§ 634).

IV.

Wie der Depositar, so leistet auch der Mandatar einen Gefälligkeitsdienst: **mandatum originem ex officio atque amicitia trahit** (L 1 § 4 D. mand. 17. 1). Der Mandatar vollzieht den Auftrag im Interesse und zum Vortheil des Mandanten und daher auf dessen Gefahr: **ubi commodum, ibi et periculum esse debet**[69].

---

67) So sagt schon das bayer. Landr. (von 1756) IV 2 § 7: 4° „wird die Natur eines Depositi durch Versprech- oder Annehmung eines bloßen Honorarii nicht alterirt, ein anderes ist, wenn man Lohn hierum bedingt oder empfängt". Römischrechtlich gesprochen, hat der Depositar auf Entrichtung der versprochenen Vergütung nicht eine actio directa, sondern eine actio contraria. Es kommen daher im Uebrigen die Vorschriften über das Depositum resp. das Mandat, nicht jene über den Lohnvertrag (Dienstvertrag) zur Anwendung.

68) Ueber die Ungenauigkeit dieser Auffassung und Ausdrucksweise vgl. Unger Handeln auf eigene Gefahr 2. Aufl. S. 69 Note 18. Es handelt sich nicht um einen Exkulpations-, sondern um einen Exceptionsbeweis: der Deponent haftet, „es sei denn", „ausgenommen" (nisi).

69) Daher muß der Mandant das vom Mandatar auftragsgemäß aufgeliehene und ohne dessen Schuld verlorene Geld ersetzen. L. 15. pr. D. de in rem verso (15. 3). Vgl. ferner L. 8 § 8. L. 29 § 2 D. mand. (17. 1). L. 67 D. de fidej. (46. 1).

Von diesem Grundsatz ausgehend, entscheidet Afrikanus in der (Nr. III) besprochenen L. 61 § 5 D. de furt. (47. 2), daß der Mandant, der den Auftrag gegeben hat, einen bestimmten Sklaven für ihn zu kaufen, für den von demselben an dem Mandatar verübten Diebstahl aufkommen muß, mag er sich gleich in Unkenntniß über die Eigenschaft des Sklaven befunden haben (etiam si ignoraverit furem esse)[70]). Mit dieser Entscheidung steht nun ein Ausspruch von Paulus in L. 26 § 7 D. mand. (17. 1) in Widerspruch, der eine Entschädigungspflicht des Mandanten nur in dem Fall annimmt, daß derselbe die diebische Natur des Sklaven gekannt hat (si ego scissem, talem servum esse, nec praedixissem, ut possis praecavere, tunc, quanti tua intersit, tantum tibi praestari oportet), wogegen er sich im Fall der Unkenntniß durch noxae datio des Sklaven befreien kann. Man hat sich vergebens bemüht, den Widerspruch dieser beiden Stellen zu beseitigen und dieselben zu vereinigen. Man muß vielmehr anerkennen, daß die römischen Juristen in dieser Frage wie in anderen ähnlichen Fällen verschiedener Meinung waren[71]) und der Ansicht von Afrikanus als der billigeren den Vorzug geben[72]). Dennoch fehlt es auch in neuerer Zeit nicht an hervorragenden gemeinrechtlichen Schriftstellern[73]), welche

---

70) Ebenso, wenn z. B. der Auftrag gegeben wird, ein bestimmtes Pferd zu kaufen oder zu verkaufen, und dasselbe nun die im Stalle des Mandatars befindlichen Pferde ansteckt.

71) Vergl. Schirmer in der Zeitschrift f. R. G. X S. 70 fg. Troplong Commentaire du mandat nr. 655 sq.

72) Vergl. Cujacius Opera omnia (Neapel 1752) I p. 1446. V p. 475. 476. Glück Komment. XV S. 307 fg. Mommsen Erörter. II S. 60 fg. Koppel S. 24 fg.

73) Unterholzner Schuldverhältnisse II S. 597. Puchta Pandekten § 298. Keller Pandekt. S. 591. Arndts Pandekt. § 293. Baron Pandekt. § 306. Windscheid II § 410 Nr. 2.

den der Billigkeit widerstreitenden Satz aufstellen, daß der Mandant nur für den durch sein Verschulden dem Mandatar verursachten Schaden ersatzpflichtig sei[74]), indem sie sich auf den Ausspruch von Paulus berufen und in L. 61 § 5 D. cit. (47. 2) irrthümlicherweise eine eigentliche Culpa des Mandanten unterstellen[75]) oder (wie Arndts § 293 Note d) diese letztere Stelle ignoriren.

Inwieweit handelt nun aber der Mandatar auf Gefahr des Mandanten? Trägt der Mandant nur die Gefahren, die aus dem auftragsgemäßen Handeln und durch das aufgetragene Geschäft (ex causa mandati) entstehen, oder muß er auch für die Gefahren aufkommen, die nur bei Gelegenheit der Ausführung des aufgetragenen Geschäftes (ex occasione mandati) und aus einer außerhalb des Mandats (extra causam mandati) liegenden Ursache entspringen?

---

74) Auf diesem Standpunkte steht auch das schweiz. Bundesges. Art. 400 Abs. 2, welches in Uebereinstimmung mit Art. 477 über das Depositum bestimmt: „Der Auftraggeber haftet dem Beauftragten für den aus dem Auftrage erwachsenen Schaden, soweit er nicht zu beweisen vermag, daß der Schaden ohne alles Verschulden von seiner Seite entstanden ist". Haberstich Handb. des schweiz. Obl.R. II 1 S. 208 tadelt diese Bestimmung mit Recht, meint aber, man werde sich dadurch zu helfen suchen daß man den Schaden, der ex causa mandati entspringt, also mit der Erfüllung des Auftrags unmittelbar („nothwendig", „unzertrennlich") verbunden ist, unter die Kategorie unabsichtlicher Verwendungen bringen und die Vorschrift des Art. 400 Abs. 2 auf die Fälle des zufälligen Schadens (ex occasione mandati) beschränken werde. Diesen Weg hat denn in der That auch schon Schneider Komment. ad art. 400 Nr. 3 betreten. — Auch der hessische Entw. Art. 288 läßt den Mandanten nur für den durch sein Verschulden entstandenen Schaden haften (Motive S. 114).

75) So meint Unterholzner II S. 597 Note h: „Zuerst scheint es, als wolle Afrikanus den Beauftragenden unbedingt verantwortlich machen; am Ende aber sieht man, daß er doch nur wegen Verschulden haften soll: und so muß angenommen werden, er setze die Möglichkeit irgend eines Versehens voraus." Auch Dernburg Preuß. Privatr. II S. 187 Note 17 meint, daß das röm. Recht alles auf die Culpa des Auftraggebers stelle und daher dieses schwierige Problem in einseitiger Weise gelöst habe.

Paulus (in libro XXXII ad edictum) spricht bekanntlich aus, daß der vorwurfsfreie Mandant dem Mandatar den zufällig erlittenen Schaden nicht zu ersetzen hat. L. 26 § 6 D. mand. (17. 1): Non omnia, quae impensurus non fuit, mandatori imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus, aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumque adprehensus quaedam erogaverit: nam haec magis casibus, quam mandato imputari oportet[76]).

Allein schon zur Zeit der Glossatoren meinte man, daß diese Sentenz des Paulus, welche späterhin Anton Faber als duriuscula bezeichnete[76a]), der Billigkeit nicht volles Genüge leiste. Accursius lehrt, die summa aequitas fordere vielmehr, daß dem Mandatar auch der rein zufällige Schaden ersetzt werde, und Cujacius stimmt ihm hierin bei. Diese Ansicht war im Mittelalter die vorherrschende[77]). Man glaubte sie einerseits auf den Ausspruch von Afrikanus (L. 61 § 5 D. de furt. 47. 2: justissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset), andererseits darauf stützen zu können, daß doch auch nach römischem Recht dem Socius der bei der Geschäftsführung zufällig erlittene Schaden pro rata vergütet werden müsse (vergl. Nr. V)[78]). Auch in der Praxis wurde der Ausspruch von Paulus nicht respektirt. Schon die Glosse

76) Basilic. Lib. XIV Tit. I (ed. Heimbach II p. 107): ταῦτα γὰρ κατὰ τύχην, οὐ μὴν ἐκ τῆς ἐντολῆς συνέβη.

76a) Rationalia ad Pandect. ad h. l. (edit. Aurelianae 1626 Tom. V p. 66).

77) Vergl. die Citate bei Glück XV S. 313 Note 70. Dieser Ansicht scheint auch Dernburg Pandekt. II[3] § 116 Note 14 sich zuzuneigen.

78) Immerhin mögen hierauf jedoch auch deutschrechtliche Anschauungen von Einfluß gewesen sein. Vgl. Stobbe Deutsch. Privatr. III § 183 S. 287 lit. e.

sagt: nec hic § de curialitate debet servari. Es sind zahlreiche Entscheidungen von Gerichtshöfen aus allen Ländern überliefert, welche dem Mandatar den Ersatz des zufällig erlittenen Schadens zusprechen. Noch Voët bemerkt (Comment. ad h. t. § 13): Hodie mandatario ex aequitate succurrendum putant. Auch in Frankreich hat sich diese Ansicht erhalten und sie ist trotz der abweichenden Lehre Pothier's [79]) in den Code civil (a. 2000) übergegangen: Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de la gestion, sans imprudence qui lui soit imputable [80]). (Ebenso Codice civile italiano art. 1754.)

Dennoch wird man dieser Ansicht nicht beipflichten können. Die summa aequitas für den Mandatar schlägt in eine Unbilligkeit gegen den Mandanten über. Sonne und Wind müssen gleich vertheilt sein. Es ist billig, daß der Mandant den aus der Ausführung des Auftrages entstehenden Schaden zu tragen hat, da er den Nutzen daraus hat, aber es ist unbillig, ihn für unvorhersehbare und unberechenbare Nachtheile aufkommen zu lassen, die nebenher und durch Zufall dem Mandatar zustoßen [80a]): man geräth damit bei der Verkettung der Dinge und der Verschlungenheit aller Ereignisse ins Grenzenlose [80b]). Steht der eingetretene Unfall in keinem ursächlichen

79) Pothier Traité du mand. nr. 75 sq. (dessen Meinung, wie Pont Les petits contrats I p. 638 bezeugt, die herrschende in Frankreich war) unterscheidet zwischen Schaden ex causa mandati und ex occasione mandati und läßt den schuldlosen Mandanten nur im ersteren Falle ersatzpflichtig werden. — Nach Laurent Principes de droit civil XXVIII nr. 81, und Pont Les petits contrats I nr. 1113 wäre auf die Verfasser des Code civil die Darstellung von Domat von Einfluß gewesen.

80) Vergl. die reichhaltigen Ausführungen von Troplong Comment. du mandat nr. 654 sq. und Pont Les petits contrats I nr. 1113.

80a) Vergl. Ulrich Huber Eunomia Romana (1700) p. 608 sq.

80b) Wie weit die französischen Gerichte hierin gehen, sieht man aus folgender, von Pont I p. 640 mitgetheilten und gebilligten Entscheidung

Zusammenhang und in keiner unmittelbaren Verbindung mit der Erfüllung des Auftrages, so kann er nicht auf das Mandat zurückgeführt und dem Auftraggeber zur Last gelegt werden. Hat der Mandatar einerseits den Gewinn, den er bei Gelegenheit der Ausführung des Mandates durch Zufall macht, dem Auftraggeber nicht herauszugeben, so muß er andererseits auch den Verlust tragen, den er hierbei zufällig erleidet[81]). Wenn der Mandatar unterwegs einen kostbaren Fund macht, so braucht er denselben resp. den Finderlohn dem Auftraggeber nicht herauszugeben: dagegen hat er aber auch keinen Anspruch auf Ersatz, wenn er unterwegs durch einen herabfallenden Stein verwundet oder durch ein scheu gewordenes Pferd verletzt wird oder sich bei Ausrichtung des aufgetragenen Geschäftes eine Krankheit zuzieht. Es kommt also immer darauf an, ob der Schaden dem Auftrag zu imputiren oder einem Zufall zuzuschreiben ist[82]). Allerdings kann es im einzelnen Fall schwierig sein, zu entscheiden, ob der eingetretene Schaden ex causa mandati oder ex occasione mandati entstanden sei[83]), und es muß dies der richterlichen Beurtheilung

---

der Cour de Paris: Jemand war beauftragt, Arbeiter bei der Arbeit zu überwachen; er suchte dieselben einer plötzlich hereinbrechenden Gefahr zu entziehen und zog sich dabei eine schwere körperliche Verletzung zu: der Gerichtshof verurtheilte den Mandanten zum Ersatz des Schadens, dont l'exécution du mandat avait été incontestablement (?) l'occasion. Die erste Instanz hatte dagegen (mit Recht) ausgesprochen: qu'il y avait eu là un élan généreux digne d'éloges sans doute, mais que l'accident avait eu là sa cause véritable et, partant, qu'il ne devait pas donner lieu à la responsabilité du mandant.

81) Vergl. Unterholzner II § 621 Note h. Koppel S. 30.

82) Vergl. Glück Komment. XV S. 318 fg. Ihering in diesen Jahrb. IV S. 37. Brinz Pandekt. II² § 334 Note 41. Grünhut Das Recht des Kommissionshandels S. 258 fg.

83) Diesen Umstand macht Troplong Traité du mandat nr. 663 sq. zur Rechtfertigung der Vorschrift des Code civil art. 2000 insbesondere

der individuellen Umstände überlassen werden. Aber die gleiche Schwierigkeit ist überall vorhanden, wo es überhaupt auf den Kausalzusammenhang ankommt[83a]: so bei einem aquilischen Schaden, bei der Haftung des Geschäftsherrn für ein Verschulden seiner Leute in Ausführung (nicht auch bei Gelegenheit) ihrer dienstlichen Verrichtungen (Deutscher Entwurf II §§ 234. 754), und insbesondere bei den modernen Gesetzen über Haftpflicht und Unfallversicherung, wo alles darauf ankommt, ob im gegebenen Fall der Unfall in dem Betrieb und durch den Betrieb oder nur nebenher (gelegentlich) und aus einer außerhalb des Betriebes liegenden Ursache entstanden ist.

Auf diesem Standpunkt entsteht weiter die Frage, ob die unbedingte Haftung für den **ex causa mandati** entstandenen Schaden nur dann stattzufinden hat, wenn das Mandat „einen bestimmten Inhalt" hat, wenn also der Mandant dem Mandatar genaue Weisungen und bindende Instruktionen gegeben hat, oder auch wenn dem Mandatar die Art der Ausführung überlassen, ihm also in engeren oder weiteren Grenzen ein Spielraum gegeben ist. Ersteres ist die Theorie von Mommsen[84]) und scheint auch der Sinn der Vorschrift des preußischen Landrechts (I 13 §§ 80. 81) zu sein[85]). Hierdurch

geltend. Allein abgesehen von dem im Text Bemerkten zeigt schon der Note 80 b angeführte Fall, daß doch auch darüber wieder Streit entstehen kann, ob das Mandat „Gelegenheit" zum Unfall gegeben hat.

83a) Ueber Kausalzusammenhang vgl. jetzt die interessante und scharfsinnige Schrift von Fr. Endemann Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten (1893 S. 5 fg. 25 fg. 67 fg.) und dazu die das Endergebniß derselben (Keine Pflicht des Verletzten, sich operiren zu lassen) auf das richtige Maß zurückführende Anzeige von Eck in dem Jurist. Lit. Bl. 1894 Nr. 1 S. 8 fg. (vgl. auch Oertmann im Arch. für bürgerl. Recht VIII S. 257 fg.)

84) Erörterungen II S. 60 fg. Diese Theorie vertritt auch Koppel S. 24 fg.

85) § 80: „Unglücksfälle, welche den Bevollmächtigten bei Ausrichtung des Geschäfts treffen, ist der Machtgeber nur insofern zu vergüten schuldig,

wird jedoch die Haftpflicht des Mandanten in nicht zu billigender Weise eingeschränkt[86]). Der Dienst, welchen der Mandatar dem Auftraggeber erweist, besteht nicht so sehr in der Uebernahme als vielmehr in der Ausführung des Auftrags: aus dem Auftrag an sich entspringt der Schaden niemals, sondern immer nur aus der Vollziehung desselben: der Verlust ist nie eine Folge des Auftrags, sondern stets eine Folge der Ausführung[87]). Ueberläßt der Mandant dem Mandatar die Art der Ausführung und die Modalität der Erfüllung des Auftrags, so handelt der Mandatar, dafern er ordnungsmäßig und der Verkehrssitte entsprechend vorgeht, nicht minder im Interesse und daher auf Gefahr des Auftraggebers, wie wenn er eine gebundene Marschroute erhalten hat und die genaue Weisung vollzieht. Es verhält sich in dieser Beziehung gerade so, wie wenn dem Mandatar die Bestellung eines Substituten gestattet ist: er nimmt

---

als er dazu auch nur durch ein geringes Versehen Anlaß gegeben hat." § 81: „Doch muß der bloß zufällige Schaden auch alsdann vergütet werden, wenn der Bevollmächtigte die bestimmte Vorschrift des Machtgebers, ohne sich der Gefahr einer solchen Beschädigung auszusetzen, nicht hat befolgen können." Der Sinn dieser Vorschrift ist jedoch streitig. Vergl. Dernburg Preuß. Privatr. II⁴ S. 527. Förster-Eccius II⁴ S. 371. Fischer Lehrb. des preuß. Privatr. S. 449. Koppel S. 39.

86) Das Gegenargument a contrario aus L. 61 § 5 D. cit. (47. 2) ist schon seiner Natur nach sehr bedenklich. Wenn Jemand den Auftrag übernimmt, ein nicht individuell bestimmtes Pferd zu kaufen, so handelt er, dafern er nur bei der Auswahl mit der gehörigen Sorgfalt vorgeht, im Interesse des Mandanten und hat Anspruch auf Schadenersatz, wenn das gekaufte Pferd die in seinem Stalle befindlichen Pferde ansteckt, da auch er justissime allegiren kann, id damnum se non passurum fuisse, si id mandatum non suscepisset. Daß Afrikanus nur von einem Mandat zum Ankauf eines individuell bestimmten Sklaven spricht, erklärt sich ungezwungen daraus, daß er in dieser Stelle Mandat und Depositum gemeinschaftlich und gleichmäßig behandelt: deponiren aber kann man nur eine individuell bestimmte Sache.

87) Dies gegen Koppel S. 26. 38.

die Wahl desselben im Interesse und auf Gefahr des Mandanten vor und haftet nur für culpa in eligendo[88]). Gewiß wäre es in hohem Grade unbillig und in Widerspruch mit der bona fides, wenn der Mandant, der dem Mandatar plein pouvoir gegeben hat, demselben im Fall eines aus der gehörigen Erfüllung entstandenen Schadens zurufen dürfte: „Auch trotz der Uebernahme des Mandates hätte Dich kein Schaden getroffen, wofern Du dasselbe nur anders ausgeführt hättest.“ Soll der Mandant, der den Auftrag gegeben hat, eine Geschäftsreise nach Paris zu unternehmen, dem unterwegs durch einen Eisenbahnunfall beschädigten Mandatar die frivole Einrede mit Recht entgegensetzen dürfen: „Warum bist Du nicht einen Tag vorher oder nachher, warum nicht auf einer anderen Eisenbahnstrecke, warum nicht mit dem Morgenzug oder dem Abendzug abgereist, wodurch Du dem Unfall entgangen wärst“? Durch eine solche Beschränkung würde die Haftpflicht des Mandanten größtentheils illusorisch, da in den seltensten Fällen genau artikulirte Instruktionen für die Ausführung eines Auftrags gegeben werden (vergl. unten Note 96). Volle Billigung verdient deshalb die Vorschrift des österreichischen Gesetzbuchs, wonach der Auftraggeber „allen durch sein Verschulden entstandenen oder mit der Erfüllung des Auftrags verbundenen Schaden vergüten muß“ (§ 1014)[89]), dagegen aber den Schaden nicht zu ersetzen hat,

88) Vergl. Unger Handeln auf eigene Gefahr, 2. Aufl. S. 60. 61

89) Diese anerkennenswerthe Vorschrift (vgl. westgal. Gesetzb. III §§ 113. 114. Martini's Entw. III 4 §§ 12. 13. Horten's Entw. III 16 § 33. Codex Theres. III Cap. XV § VII nr. 88. 89) wird von den österr. Schriftstellern nicht hinreichend gewürdigt; selbst Pfaff Gutachten S. 8 fg. 54 fg. erwähnt diesen Fall einer Haftung ohne Schuld nicht. Der Tadel des § 1015, den Strohal Gutachten S. 151 ausspricht, beruht auf Uebersehen oder Mißverständniß des § 1014: „die in Folge der mit der Ausführung des Auftrages nothwendig verbundenen

welchen „der Gewalthaber bei (Gelegenheit der) Geschäftsführung nur zufälliger Weise leidet" (§ 1015)[90]), wobei natürlich vorauszusetzen ist, daß ihn in diesem Falle nicht etwa ein Verschulden trifft[91]).

Aus den vorstehenden Ausführungen ergiebt sich, daß es sich hier um ein schwieriges Problem handelt, welches von verschiedenen Gesetzgebungen in verschiedener Weise zu lösen versucht wurde. Wie verhält sich hierzu nun der Deutsche Entwurf? Schweigend: der Entwurf beschäftigt sich mit dieser Frage überhaupt nicht. Die Motive (II S. 541) glauben dies damit rechtfertigen zu können, daß „wegen Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle eine Entscheidung

---

Gefahren (man denke etwa an die übernommene Transportirung eines Wahnsinnigen in das Irrenhaus, an den mandirten Ankauf eines mit einer ansteckenden Krankheit behafteten Thieres)" trägt nach österr. Recht unzweifelhaft der Mandant, da dies ein mit der Erfüllung des Auftrags („nothwendig", wie es noch ursprünglich in Martini's Entw. hieß) verbundener, ex causa mandati entspringender Schaden ist. — Diese Ersatzpflicht findet auch im Falle der „Entgeltlichkeit" des Mandates statt; so auch nach französ. Recht (Pont I nr. 1116); vergl. auch Mommsen Erörter. II S. 69 Note. 15.

90) Die Bestimmung des § 1015, wonach bei honorarloser Geschäftsführung der Mandatar, der ex occasione mandati zufälliger Weise Schaden erlitten hat, Anspruch auf einen Betrag hat, „welcher ihm bei einem entgeltlichen (Mandats-)Vertrage (§ 1004) zur Vergütung der Bemühung nach dem höchsten Schätzungswerthe gebührt haben würde", ist eine Billigkeitsbestimmung von zweifelhaftem Werth und problematischem Nutzen. Gegen diesen Mittelweg hat sich denn auch in der Gesetzgebungskommission Ehrenberg ausgesprochen, der aber freilich verlangte, daß dem Mandatar der zufällige Schaden stets und voll ersetzt werden solle (Protokolle II S. 50).

91) Vergl. Glück XV S. 315. Mommsen S. 63 Note 7. Der baier. Entw. Art. 703. 493 bestimmt ausdrücklich, daß der Mandant ebenso wie der Dienstherr ersatzpflichtig ist, wenn er den Schaden „vermöge der ihm bekannten besonderen Gefährlichkeit der Dienstleistung voraussehen konnte".

durch das Gesetz nicht gegeben werden kann". Der Entwurf verzichtet hiermit auf die Aufgabe der Gesetzgebung, welche gerade für so schwierige Fragen eine Lösung geben muß, und erklärt sich für insolvent. Woran soll sich nun in Hinkunft der Richter halten? Soll er summa aequitas im Sinn von Accursius und Cujacius walten lassen oder sich an den Ausspruch von Paulus kehren? Das Resultat wird wahrscheinlich sein, daß man „im Geiste der Rechtsordnung" (Entwurf I § 1) und „nach allgemeinen Grundsätzen" sowie nach Analogie der Vorschrift des Entwurfs (I § 622. II § 634) über das Depositum in Theorie und Praxis den Mandanten nur für den durch sein Verschulden entstandenen Schaden ersatzpflichtig erklären wird (vergl. Motive II S. 609). Hiermit wird in Deutschland aus dem Recht der der Billigkeit entsprechende alte Grundsatz schwinden, daß der Beauftragte durch den Auftrag keinen Schaden leiden soll[91a].

V.

Wie der Verwahrer und der Beauftragte im Interesse des Hinterlegers und des Auftraggebers handelt, so handelt der Gesellschafter, der in Angelegenheiten der Gesellschaft thätig ist, im gemeinschaftlichen Interesse und daher auf gemeinschaftliche Gefahr[92]: die Verluste, die er aus

91 a) Aus diesem Grunde haftet auch der Mandant im Falle des Widerrufs des Mandates, wenn der Mandatar in schuldloser Unkenntniß desselben den Auftrag vollzogen hat: ne damno adficiatur is, qui suscipit mandatum L. 15 D. h. t. (Paul.) § 9 J. mand. (3. 26). Ebenso wenn der Mandatar in schuldloser Unkenntniß des Todes des Mandanten den Auftrag ausgeführt hat: alioquin justa et probabilis ignorantia damnum mihi adferet. Gaj. III 160. § 10 J. h. t. (3. 26). L. 26 pr. § 1. L. 58 pr. D. h. t. (Paul.). L. 19 § 3 de donat. 39. 5 (Ulp.). Vergl. Deutsch. Entw. I § 603. II § 605.

92) Vergl. Schirmer in der Zeitschr. f. R. G. X S. 33.

der Geschäftsführung durch dieselbe erleidet, müssen von der Gesellschaft getragen und ihm verhältnißmäßig vergütet werden.

Die römischen Juristen waren auch in dieser Frage verschiedener Meinung[93]). Schließlich aber gelangte eine Ansicht zur Geltung, welche den Socius günstiger behandelt als den Mandatar. Der Socius erhält nämlich nicht bloß den Schaden verhältnißmäßig ersetzt, welcher aus der Geschäftsführung selbst (ex causa gestionis) entspringt und mit derselben in ursächlichem Zusammenhang steht (L. 60 § 1 L. 61 D. pro soc. 17. 2)[94]), sondern auch den Schaden, den er nur bei Gelegenheit der Geschäftsführung (ex occasione gestionis), durch eine außerhalb derselben liegende Ursache (extra causam gestionis) erleidet, somit auch für Verluste, welche nicht der Geschäftsführung resp. dem Auftrag der Gesellschaft zu imputiren, sondern dem Zufall zuzuschreiben sind. L. 52 § 4 D. pro soc. (17. 2)[95]). Den Grund für diese Verschiedenheit der Behandlung hat zwar schon die Glosse in dem jus fraternitatis, in dem brüderlichen Verhältniß, welches zwischen den Gesellschaftern herrscht, zu finden geglaubt. Allein troß dieser

---

93) Schirmer S. 71 fg.

94) L. 60 § 1 D. cit. (Pomponius): Socius cum resisteret communibus servis venalibus ad fugam erumpentibus, vulneratus est: impensam, quam in curando se fecerit, non consecuturum pro socio actione Labeo ait, quia id non in societatem, quamvis propter societatem impensum sit . . . . L. 61 (Ulpian.): Secundum Julianum tamen et quod medicis pro se datum est recipere potest, quod verum est. Vergl. Brinz Pandekt. II § 335 Note 9.

95) In Uebereinstimmung mit dem römischen Recht schreibt das sächsische Gesetzb. § 1376 vor, daß ein Gesellschafter, der „bei Besorgung einer gemeinschaftlichen Angelegenheit durch Zufall einen Schaden erlitten hat, welchen er nicht erlitten haben würde, wenn er die Besorgung nicht übernommen hätte, von den übrigen Gesellschaftern verhältnißmäßigen Ersatz verlangen kann“. Ebenso der dresden. Entw. Art. 784.

Brüderlichkeit braucht doch der Socius den Gewinn nicht herauszugeben, den er nicht ex causa argentaria (L. 52 § 5 D. h. t.), sondern nur nebenher und zufällig bei Gelegenheit der Gestion macht. In der That ist, wie auch Troplong (Commentaire du mandat nr. 657) bemerkt, kein genügender Grund für die ungleiche Behandlung von Socius und Mandatar in dieser Beziehung vorhanden. Manche neuere Gesetzgebungen verweisen denn auch in Ansehung der Ersatzansprüche des Gesellschafters auf die Vorschriften über den Auftrag [96]).

Dennoch behandelt auch der Code civil die beiden Obligationsverhältnisse verschieden, stellt jedoch merkwürdiger Weise im Gegensatz zum römischen Recht den Socius ungünstiger als den Mandatar. Denn während Letzterem auch die Verluste zu ersetzen sind, die er bloß bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrages erleidet (art. 2000), hat der Socius action contre la société nur à raison des risques inséparables de sa gestion (art. 1852). Die Ersatzpflicht erstreckt sich daher, wie Zachariä (Handb. des französ. Civilr. II[7] § 414 Note 7)

96) So das preuß. Landr. I 17 § 227. Gerade hier aber zeigt sich, wie ungenügend und unbefriedigend die Vorschriften des preuß. Landrechts über die Ersatzansprüche des Mandatars sind (Nr. IV). Wie die Motive (S. 54) zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches für Preußen (Art. 98) treffend bemerken, ist die Bestimmung des A.L.R. I 17 § 227 „für Handelsgesellschafter (und nicht nur für diese) offenbar nicht passend; derartige bestimmte Vorschriften, wie sie das Gesetz voraussetzt, werden im Verkehr einem Handelsgesellschafter nur in den allerseltensten Fällen ertheilt; meistens empfängt er, wenn überhaupt, nur ganz allgemeine Instruktionen, welche die Ausführung im Einzelnen seinem Ermessen überlassen". — Ebenso das österr. Gesetzb. § 1190: es kommen sonach die Bestimmungen der §§ 1014. 1015 zur Anwendung. — Auch der hessische Entw. Art. 388 verweist in dieser Beziehung auf die Vorschriften über den Auftrag (Art. 288): hiernach erhält der Socius gar nur den Schaden ersetzt, den er durch ein Versehen der übrigen Socii erlitten hat.

bemerkt, im Fall des art. 2000 weiter als die in art. 1852 erwähnte: der Mandatar erhält Entschädigung, wenn er auf der Geschäftsreise beraubt oder (ohne seine Schuld) bestohlen wird, der Socius dagegen nicht[97]. Die Vorschrift des Art. 1852 ist wörtlich aus Pothier (Traité du contrat de la société nr. 128 sq.) entlehnt, der mit dem Ausdruck: risques inséparables de la gestion eben nur Verluste ex causa gestionis bezeichnet. Freilich aber räumt Pothier (vergl. Note 79) auch dem Mandatar nur für Verluste ex causa mandati, nicht auch für Schaden ex occasione mandati Anspruch auf Ersatz ein und stellt hiermit seinerseits die wünschenswerthe Gleichheit von Socius und Mandatar in dieser Beziehung her.

Die Bestimmung des Code civil ist zunächst in den preußischen Entwurf eines Handelsgesetzbuches (1847) Art. 98 und von hier aus in das deutsche Handelsgesetzbuch übergegangen. Nach Art. 93 Abs. 1 ist dem Gesellschafter „für die Verluste, welche er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, welche von derselben unzertrennlich sind, erleidet, die Gesellschaft verhaftet". Durch den Zusatz „unzertrennlich" ist ausgesprochen, daß der Socius Ersatz nur für Verluste erhält, welche mit der Geschäftsführung in ursächlichem Zusammenhang und in unmittelbarer (innerer) Verbindung

---

97) Auch Laurent Principes de droit civil XXVI nr. 279 bemerkt, daß der Art. 1852 (im Verhältniß zu Art. 2000) restriktiv ist: „l'associé n'a pas action pour tous les risques qu'il court, il faut que ces risques soient inséparables de la gestion et qu'il ne les ait courus que pour les affaires de la société". Doch fehlt es nicht an französischen Schriftstellern, welche dem Art. 1852 dieselbe Tragweite beilegen, die der Art. 2000 hat. So Troplong Comment. du contrat de société nr. 606. 607. Pont Les petits contrats I nr. 1118 (p. 639). Commentaire — Traité des sociétés civiles et commerciales I nr. 416. 417: Le gérant est fondé à reclamer de la société les dommages ou les pertes qu'il a subis à l'occasion de ces affaires.

stehen (ex causa gestionis), nicht aber für Nachtheile, welche aus einer außerhalb der Geschäftsführung liegenden Ursache (extra causam gestionis) und nur bei Gelegenheit derselben (ex occasione gestionis) entstehen[98]). Dem Gesellschafter ist daher der Schaden zu vergüten, den er auf einer Geschäftsreise durch einen Eisenbahnunfall erleidet[99]), nicht aber der Verlust, den er auf einer Geschäftsreise in eine sonst ungefährliche Gegend durch einen räuberischen Ueberfall erfährt, oder der Aufwand für Heilung einer Krankheit, welche er sich bei Gelegenheit der Besorgung einer Gesellschaftsangelegenheit zugezogen hat. Ob nun in einem konkreten Fall die Gefahr in der Geschäftsführung selbst gelegen war und innerhalb derselben ihren Ursprung hatte, oder ob die Gefahr außerhalb der Geschäftsführung entstanden und mit derselben daher nur in mittelbarer (äußerer, zufälliger) Verbindung gestanden ist, ist quaestio facti[100]).

Der Deutsche Entwurf (I § 639. II § 653) verweist in Ansehung der Rechte und Pflichten der geschäftsführenden Gesellschafter auf die Vorschriften, welche für den Auftrag gelten. Diese Vorschriften geben aber, wie früher (Nr. IV) bemerkt wurde, über die vorliegende Frage keine Auskunft (vergl. Motive II S. 609). Es hätte sich aber schon im Interesse der wünschenswerthen Uebereinstimmung des allgemeinen Privatrechtes und des Handelsrechtes empfohlen, die betreffende Vorschrift des Handelsgesetzbuches im Entwurf zu

---

98) Vergl. die Protokolle der Nürnberger Konferenz III S. 985. 986. Thöl Handelsrecht I⁵ § 92 Nr. V. Anschütz und Völdernd orff Komment. zum Handelsgesetzb. II S. 140: „Die Gesellschaft hat die Verluste dann zu ersetzen, wenn der Kausalnexus zwischen dem Verluste und der Geschäftsführung nachweisbar ist." Vergl. auch Behrend Lehrb. des Handelsr. I S. 477.

99) Vergl. Cosak Lehrb. des Handelsr. 2. Aufl. (1893) S. 496.

100) Vergl. Keyßner Allg. deutsches Handelsgesetzb. (1878) S. 89.

reproduziren, wie dies doch selbst das schweizerische Bundesgesetz Art. 537 Abs. 1 gethan hat[101]).

VI.

Wer trägt bei dem sog. Distanzkauf (Waarenbezug aus der Ferne) die Gefahr des Transports? Der Käufer oder der Verkäufer?

Es kommt darauf an, in wessen Interesse die Versendung der Waare geschieht.

Der Verkäufer hat in der Regel an dem Orte zu erfüllen, an welchem er zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung resp. seinen Wohnsitz hatte, oder wo die zu übergebende bestimmte Sache sich zur Zeit des Vertragsabschlusses mit Wissen der Kontrahenten befand (vergl. HGB. Art. 324 Abs. 2. Art. 342 Abs. 2): es ist Sache des Käufers, die Waare dort abzuholen. Der Verkäufer kann jedoch die Verpflichtung übernehmen, die Waare nach einem anderen vom Käufer bestimmten Ort zu übersenden. Diese Verpflichtung bildet bei Distanzkäufen eine selbstverständliche Nebenabrede und hiermit einen integrirenden Bestandtheil des Kaufgeschäftes. Der Verkäufer hat die Nebenpflicht[102]), mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Versendung der Waare für den Käufer zu besorgen. Er handelt hierbei statt des Käufers, als dessen (in der Regel stiller) Stellver-

101) Haberstich Handb. des schweiz. Obl.R. II S. 357 interpretirt diesen Artikel richtig dahin, daß es sich um solche Verluste oder Gefahren handelt, welche unmittelbar durch die Geschäftsführung verursacht sind und mit ihr in nachweisbarem Kausalzusammenhange stehen. Schneider Komment. ad art. 537 Nr. 4 geht dagegen (wohl mit Unrecht) viel weiter, indem er Uebereinstimmung dieser Vorschrift mit dem röm. Rechte annimmt und dem Gesellschafter Anspruch auf Ersatz rein zufälligen Schadens giebt.

102) Vergl. Cosak Lehrb. des Handelsrechts 2. Aufl. S. 147 fg.

treter, und besorgt hiermit ein Geschäft des Käufers. Die Versendung der Waare erfolgt sonach im Auftrag[103]) und im Interesse des Käufers und daher auf seine Gefahr. In solchen Fällen erfüllt der Verkäufer auf Wunsch und Verlangen des Käufers an einem anderen Ort, als an welchem zu erfüllen er gesetzlich verpflichtet ist: es ist daher nur billig, daß der Käufer Kosten und Gefahr dieser lediglich in seinem Interesse stattfindenden Veränderung des Erfüllungsortes trage[104]).

Hat der Verkäufer dagegen verabredetermaßen an dem Ort zu liefern, wohin der Transport geschieht, so ist er an diesem Ort zu erfüllen vertragsmäßig verpflichtet. Versendet der Verkäufer die Waare an diesen Ort, so besorgt er hiermit sein Geschäft: es ist seine Sache und sein Interesse, die Waare an den Ort zu bringen, wo sie zu liefern ist: die Gefahr, von welcher die Waare auf dem Transport betroffen wird, muß daher er tragen[105]). (Vergl. HGB. Art. 325 Abs. 1.)

In dieser der Natur der Sache (natura rei, wie es in

---

103) Ein selbständiges kündbares Mandat ist hier aber allerdings nicht vorhanden, sondern eine dem Kaufgeschäft integrirende Betrauung des Verkäufers mit der Aufgabe, den Transport für den Käufer zu besorgen. Vgl. Thöl Handelsr. I § 261 Nr. 2. Anschütz und Völderndorff II S. 280 fg. Dernburg Preuß. Privatr. II § 58 Nr. 2.

104) Zu demselben Resultate gelangen, jedoch mittelst einer anderen Auffassung (sog. Lieferungs- oder Erfüllungstheorie), auf dem Boden des gemeinen Rechts Ihering in diesen Jahrb. IV S. 366 fg. insbes. S. 428 fg. und Windscheid II § 389 Note 16. § 390 Note 8; daselbst auch Literaturangaben über die bunte Menge von Meinungen. Vgl. auch Karlowa in Grünhut's Zeitschr. XVI S. 442. 443, der von einem „Beginn der Erfüllung" am Versendungsort spricht: in der That findet am Versendungsort weder Erfüllung noch Beginn der Erfüllung statt, sondern erfüllt wird am Destinationsort.

105) Vgl. Anschütz und Völderndorff III S. 289.

L. 16 D. de furt. 47. 2 heißt) und dem Bedürfniß des kaufmännischen Verkehrs entsprechenden Weise regelt die bekanntlich sehr bestrittene Frage der Transportgefahr der Code de commerce (art. 100)[106]) und in Uebereinstimmung mit demselben das deutsche Handelsgesetzbuch (Art. 344. 345)[107]). Es ist ein Verdienst der Verfasser des deutschen Handelsgesetzbuches, daß sie die obligationenrechtliche Frage des Ueberganges der Gefahr von der sachenrechtlichen Frage des Ueberganges von Eigenthum an übersendeten Waaren gänzlich losgelöst[108]) und den von der älteren Jurisprudenz aufgestellten und in einige neuere Gesetzgebungen [preuß. Landr. I 11 §§ 128—134[109]), österr. Gesetzb. § 429[110]), sächs. Ge-

106) La marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient.

107) Ob sich in diesem Sinne ein gemeines Gewohnheitsrecht gebildet hat, ist streitig (vgl. Stobbe Deutsches Privatr. II § 184 Note 5. Dernburg Preuß. Privatr. II § 138 Note 3. Karlowa in Grünhut's Zeitschr. XVI S. 442; dagegen jedoch u. A. Hanausek Die Haftung des Verkäufers I S. 107), auf dem hier eingenommenen Standpunkt jedoch irrelevant.

108) Vergl. die Protokolle der Nürnberger Konferenz II S. 632 fg. und insbes. III S. 1375 fg. Goldschmidt Handelsr. I 2 S. 621 Note 16. S. 635 fg. Anschütz und Völdernsdorff II S. 283 fg. Ebenso schon das Zürcher. Gesetzb. § 1444; ferner das schweiz. Bundesges. Art. 203. 204 (vergl. insbes. Schneider Komment. ad art. 204 Nr. 1 und Haberstich Handb. I S. 253. 297 fg. II S. 21) ferner Dresdener Entw. Art. 430.

109) Vergl. Gruchot Beiträge IX S. 392 fg. Dernburg Preuß. Privatr. I § 239 (der in diesem Falle Eigenthumsübergang ohne Besitzübergang annimmt).

110) Vergl. Unger Der revidirte Entw. des sächs. Gesetzb. S. 103 fg. Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 146 fg. Hofmann Ueber das Periculum beim Kauf S. 70 fg. Randa Besitz 3. Aufl. S. 366. 367. Eigenthumsr. I² S. 327 fg. Burckhard System des österr. Privatr. III 1 S. 46. Mit Unrecht will Pfersche Oesterr. Sachenrecht I (1893) S. 142 fg. „die Ausnahme des § 429 einschränkend" dahin inter-

setzb. § 204 [111])] übergegangenen Satz nicht aufgenommen haben, daß durch die Uebergabe der Waare zum Transport (Versendung) die Tradition an den Käufer vollzogen werde [112]).

Der Deutsche Entwurf (I § 465. II § 388 [113]) ist mit Recht dem Handelsgesetzbuch gefolgt: es werden mithin

---

pretiren, daß (Besitz und) Eigenthum nur dann übergeht, wenn der Ueberbringer (die Mittelsperson) in Folge der Anordnung des Adressaten wirklich als dessen zur Empfangnahme für ihn bestellter Vertreter erscheinen kann. Aus den Protokollen (edit. Ofner) I S. 279 geht dagegen klar hervor, daß die Verfasser des Gesetzbuchs die Bestimmungen des preuß. Landrechts in ihrem vollen Umfange recipiren wollten, und daß „die Waare für übergeben zu halten sei, sobald sie von dem Schiffer oder Fuhrmann übernommen worden ist, wovon der Grund eben in der durch Gewohnheit gegründeten stillschweigenden Genehmigung dessen, dem die Waare übersendet wird, liege". Nach der Auffassung von Pfersche würden die Absender von Waaren in den allermeisten Fällen die Gefahr des Transports tragen müssen. Daß es sich aber bei der Vorschrift des § 429 in erster Linie um den Gefahrübergang und nur zu diesem Ende um den Eigenthumsübergang handelt, entnimmt man aus einer Bemerkung von Pratobevera in den Protokollen II S. 526. Vgl. auch Jhering Geist II⁴ 2 § 41 Note 515 a. E. Es ist auch ein verfehltes Bemühen von Pfersche, den Eigenthumsübergang im Fall des § 429 auf „die gesetzliche Vermuthung eines constitutum possessorium" zurückzuführen (so nun auch Horten in den Jurist. Bl. 1894 Nr. 4): über und gegen diese „äußerst künstliche und durchaus unzulässige Fiktion" vergl. Goldschmidt Handelsr. I 2 S. 630 fg. — Die österr. Konk.-Ordn. vom 25. Dez. 1868 §§ 26. 27 enthält eine empfindliche Lücke, indem sie dem Verkäufer einer unbezahlten Waare, welche erst nach Eröffnung des Konkurses in den Gewahrsam des Gemeinschuldners gelangt, ein Absonderungsrecht (Separationsrecht) nicht zugesteht, wie ihm ein solches schon das A. L. R. I 11 § 184 und nunmehr der „schneidige" § 36 der deutschen Konk.-Ordn. vom 10. Febr. 1877 gewährt: die entsprechende Bestimmung des Referentenentwurfs (§ 41; vgl. Kaserer Komment. zur K.O. S. 67. 68 Anmerk.) scheint vor den Augen des damals bestehenden Staatsraths keine Gnade gefunden zu haben.

111) Vergl. Grützmann Lehrb. des sächs. Privatr. I S. 241 fg.

112) Vergl. Goldschmidt Handelsr. I 2 S. 617 fg.

113) Vergl. die (gut gearbeiteten) Motive II S. 326 fg. und die Zusammenstellung II S. 232. In zweiter Lesung wurde die Fassung dieser Vorschrift verbessert.

auf dem Boden des allgemeinen bürgerlichen Rechtes in Ansehung der Frage, wer die Gefahr der Sache auf dem Transport zu tragen hat, die gleichen Normen gelten wie auf dem Boden des Handelsrechtes. Es ist jedoch zu bedauern, daß die von Laband (im civ. Arch. LXXIV S. 317. 318) urgirte Aufnahme der in Art. 345 Abs. 2 HGB. aufgestellten Interpretationsregel, wonach aus der Uebernahme der Versendungskosten für sich allein noch nicht auf die Uebernahme der Transportgefahr zu schließen ist[114]), auch bei der zweiten Lesung nicht stattgefunden hat. Es wäre dies um so gebotener gewesen, als z. B. in der Schweiz dieser Schluß in der That gezogen und durch die Berufung auf die Handelsusance gerechtfertigt wird (vergl. Zürich. Gesetzb. § 1444 Abs. 2)[115]).

VII.

Eine Anzeige, welche Jemandem in seinem Interesse zu machen ist, ergeht auf seine Gefahr: geht die Anzeige verloren oder langt sie verspätet ein, so trifft der Nachtheil den Adressaten.

Hierher gehören folgende Fälle:

1) Wenn der Oblat die Erklärung der Annahme der Offerte rechtzeitig absendet, so darf er sich der Erwartung hingeben, daß dieselbe rechtzeitig bei dem Offerenten anlangt und der Vertrag zu Stande kommt. Die Rücksicht auf die bona

114) Vergl. Hahn Komment. II ad art. 345 § 10.

115) „Ist aber Frankolieferung verabredet, so ist im Zweifel anzunehmen, der Verkäufer habe wie die Kosten so die Gefahr des Transportes übernommen". Bluntschli Komment. ad § 1444 Nr. 2 motivirt dies „mit der allgemein bestehenden Handelsübung". In Art. 204 des schweiz. Bundesges. findet sich diese Bestimmung zwar nicht ausdrücklich, sie wird aber als „selbstverständlich" angenommen. Schneider Komment. ad Art. 204 Nr. 3.

fides im Verkehr erfordert, daß der Offerent, wenn die Erklärung der Annahme erkennbarermaßen verspätet eintrifft, den Absender hiervon unverzüglich unterrichtet und ihm hierdurch bekannt giebt, daß der Vertrag nicht zu Stande gekommen sei. HGB. Art. 319 Abs. 2. Deutscher Entwurf I § 85. II § 122. Diese Anzeige erfolgt lediglich im Interesse des Oblaten, der dadurch vor den Nachtheilen bewahrt werden soll, die aus seiner irrigen Voraussetzung entstehen: die Gefahr des Nichteintreffens oder des verspäteten Eintreffens der abgesandten Anzeige trifft daher den Oblaten (Motive I S. 171)[116]).

2) Unter gewissen Voraussetzungen ist Jemand, dem ein Auftrag gegeben wird, verpflichtet, falls er denselben nicht übernehmen will, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. So nach Art. 323 HGB. der Kaufmann, der mit dem Mandanten in Geschäftsverbindung steht oder sich gegen denselben zur Ausführung solcher Aufträge erboten hat. Ebenso nach den meisten neueren Gesetzgebungen und nunmehr auch nach dem Deutschen Entwurf I § 587. II § 594[117]) Derjenige, der sich öffentlich oder dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat. Die Pflicht zur Anzeige der Ablehnung hat ihren Grund in der billigen Rücksicht für den Auftraggeber, der unter solchen Umständen im Fall des Schweigens zu der Annahme berechtigt ist, daß der Beauftragte den Auftrag übernommen habe[118]). Die

116) Vergl. Regelsberger in Endemann's Handb. II S. 439. Gareis und Fuchsberger Das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch S. 676 Nr. 327.

117) Vergl. Motive II S. 530 und den Bericht in Conrad's Jahrb. LIX S. 582.

118) Mit Recht schreiben daher die meisten neueren Gesetzgebungen vor, daß ein unter diesen Umständen nicht sofort abgelehnter Antrag als angenommen gilt. So das preuß. Landr. I 13 §§ 13—16 (Dernburg

Anzeige erfolgt somit im Interesse und zur Aufklärung des Mandanten und deshalb auf seine Gefahr[118]).

3) Im Distanzhandel hat der Käufer thunlichst bald nach der Ablieferung die Waare zu untersuchen, und wenn sich die-

---

Preuß. Privatrecht II[4] S. 519); das zürich. Gesetzb. § 1159; das sächs. Gesetzb. § 1298; das schweiz. Bundesges. Art. 393 (Schneider Komment. ad Art. 393. Haberstich Handb. II S. 203); ferner der bair. Entw. Art. 689 Abs. 2 und der dresdener Entw. Art. 690 Abs. 2 (Motive S. 210). Nur das österr. Gesetzb. § 1003 erblickt hierin keine stillschweigende Annahme des Auftrags und läßt den Beauftragten, der die Anzeigepflicht verletzt, bloß auf das negative Vertragsinteresse haften. Wie diese Bestimmung in die Schlußredaktion des bürg. Gesetzb. gerathen ist, läßt sich nicht ermitteln. Ursprünglich war in der Sitzung vom 11. März 1805 eine (im westgal. Gesetzb. noch fehlende) Vorschrift von Zeiller beantragt worden, wonach solche Mandatare im Falle unterlassener Anzeige der Ablehnung so zu betrachten sein, „als hätten sie den Auftrag ausdrücklich angenommen" (Protokolle II S. 45, vgl. S. 564). Auch noch in dem Revisionsentwurfe § 994 (Protokolle II S. 770) hieß es so: „vermuthete Annahme". An die in praktischer Hinsicht gewiß nicht zu billigende Bestimmung des österr. Gesetzb. hat sich der Deutsche Entwurf angeschlossen (vgl. Motive II S. 530). Dies ist wohl um so weniger zu billigen, als doch der Deutsche Entwurf I § 85. II § 222 im Falle der unterlassenen Anzeige des verspäteten Eintreffens einer Annahmeerklärung den Vertrag zu Stande kommen läßt, sich also nicht (wie unpassender Weise das schweiz. Bundesges. Art. 5 Abs. 2) mit einer Pflicht zum Schadenersatz begnügt, wozu die Motive I S. 171 mit Recht bemerken: „Die Folge der Unterlassung der Benachrichtigung würde an sich sein, daß der Antragende den durch seine Pflichtverletzung erwachsenen Schaden zu ersetzen habe. Allein damit ist dem Verkehre nicht gedient." Vgl. auch Gierke Der Entwurf § 249 Anm. 3, der mit Recht bemerkt, daß es keine „Fiktion" ist, wie die Motive meinen, welche hier wieder mit den beliebten „allgemeinen Grundsätzen" operiren, wenn das Schweigen als Annahme gilt, wo das Reden im Falle der Ablehnung Pflicht war. Laband im civ. Arch. LXXIV S. 326 billigt dagegen das auch in zweiter Lesung beibehaltene Präjudiz einer bloßen Ersatzpflicht.

118a) Es findet hiernach eine Ausnahme von der Regel (Deutsch. Entw. I § 74. II § 107) statt, daß eine Willenserklärung (im vorliegenden Falle eine Dissenserklärung) nur wirksam wird, wenn sie dem Anerklärten zugeht.

selbe als nicht vertragsmäßig oder nicht gesetzmäßig herausstellt, dem Verkäufer sofort davon Anzeige zu machen, widrigens „die Waare als genehmigt gilt“, HGB. Art. 347. Man ist in Theorie[119]) und Praxis[120]) darüber einig, daß die rechtzeitige Absendung der Anzeige genügt, um dem Käufer die Rechte wegen Nichtempfangbarkeit zu wahren, daß also die rechtzeitig abgesendete Anzeige auf Gefahr des Verkäufers reist, den der Verlust oder die Verspätung des Moniturbriefs trifft. Worin liegt nun der innere Grund für diese Vertheilung der Gefahr, welche man gewöhnlich in rein exegetischer Weise aus Art. 349 Abs. 3 (vergl. Art. 386 Abs. 3) ableitet, indem man sich auf den Wortlaut desselben („Absendung der Anzeige“) stützt[121]), wobei aber sofort wieder die Frage entsteht, warum denn der Wortlaut so lautet? Der Grund ist in der Ratio enthalten, auf welcher die Belastung des Käufers mit der Aufgabe sofortiger Untersuchung und rechtzeitiger Anzeige beruht. „Der Verkäufer darf billiger Weise in nicht allzu langer Zeit darüber Gewißheit erwarten, ob der Käufer die gelieferte Waare behalten will oder nicht,

---

119) Vergl. Thöl, Handelsr. I[5] § 278 I 3. Hahn Komment. II[2] S. 307. Keyßner Allg. deutsches H.G.B. ad Art. 347 Nr. 29. Gareis Das Stellen zur Disposition (1870) S. 119. 120 und in Endemann's Hand. II S. 711 Nr. 3. Hanausek Die Haftung des Verkäufers II S. 15 fg. Dernburg Preuß. Privatr. II[4] § 146 Note 5. 16.

120) Entsch. des R.O.H.G. XIX Nr. 52 S. 153 fg. Entsch. d. R.G. v. 23. März 1880 (in der Zeitschr. f. Handelsr. XXVI S. 571. 572). Entsch. des O.Tr. Berlin v. 5. Mai 1868 (in der Zeitschr. f. Handelsr. XXIV S. 277).

121) Vollends reine Buchstabeninterpretation ist es, wenn das Note 120 angeführte Erkenntniß des Berliner O.Trib. den Satz, daß der Verkäufer die Gefahr der Anzeige zu tragen habe, aus den Worten: „Anzeige zu machen“ in Art. 347 Abs. 1 ableiten will. Vergl. dagegen auch Hanausek II S. 16 Note 33 a. E.

theils um in der Lage zu sein, noch zeitig anderweitig über sie verfügen zu können, theils weil durch Ablauf einer längeren Zeit ihm der Beweis, daß die Waare in vertragsmäßigem Zustande geliefert sei, erschwert und bei veränderlicher Waare vielleicht unmöglich gemacht werden würde" (Motive zum preuß. Entw. eines HGB. S. 141). „Das Bedürfniß besteht vor allem darin, schnell zu wissen, ob ein einzelnes Geschäft in Ordnung gehe, um hiernach seine Dispositionen weiter treffen zu können" (Protokolle der Nürnberger Konferenz II S. 645). Die Anzeige findet sonach im Interesse des Verkäufers statt, um demselben möglichst bald Klarheit über die Situation zu verschaffen und ihn in den Stand zu setzen, sich auf alle Eventualitäten vorzubereiten, welche aus der Unempfangbarkeit der Waaren entstehen können: die Anzeige muß deshalb auf seine Gefahr gehen. Unzureichend ist die Bemerkung von Hahn (Komment. II² S. 307), daß sich diese Regelung der Gefahr „aus allgemeinen Grundsätzen ergiebt": diese Motivirung ist viel zu unbestimmt und farblos. Unzutreffend ist es ferner, wenn Hanausek (II S. 15. 16) hierin „einen Ausnahmesatz" von der Regel erblickt, daß eine einseitige Willenserklärung nur dann und erst dann rechtswirksam ist, wenn sie demjenigen, an den sie gerichtet wurde, zugekommen ist. Denn die Anzeige der Mangelhaftigkeit einer Waare ist weder „eine einseitige Willenserklärung" (Hanausek II S. 4)[122], noch überhaupt die Erklärung eines Willens, sondern die Mittheilung eines Befundes, die Bekanntgebung eines Thatbestandes: sie ist ebenso wie die Anzeige des verspäteten Eintreffens einer Annahmeerklärung (HGB. Art. 319 Abs. 2)

---

122) Gareis in Endemann's Handb. II S. 697. 711 spricht von einer in der Anzeige liegenden „Dissenserklärung". Vergl. dagegen Hanausek II S. 4 Note 4.

lediglich die Benachrichtigung von einer juristisch relevanten Thatsache. An sich liegt in einer Rüge nur der Ausspruch eines Urtheils (Mißbilligung), nicht die Erklärung eines Willens. Auch ein sicherer Schluß auf den Willen läßt sich aus der Erstattung einer Rügeanzeige (Reklamation) nicht ziehen, da dem Käufer immer noch offen bleibt, zu erklären, ob er die beanstandete Waare behalten wolle oder nicht, ob er Redhibition oder Preisminderung verlangen wolle[123]).

4) Aus dem gleichen Grunde reist die Notifikation eines levirten Wechselprotestes auf Gefahr des regreßpflichtigen Vormanns. WO. Art. 45. 46[124]).

VIII.

Wer trägt den Schaden, wenn ein gefälschter oder ein verfälschter Check[125]) von dem Bezogenen eingelöst

123) Vergl. Gareis und Fuchsberger Das allgem. deutsche Handelsges. (1891) S. 741 Nr. 146.

124) Vergl. Thöl, Wechselrecht, 4. Aufl. § 105 Nr. 4. Ebenso verhält es sich nach österr. Recht in den Fällen des § 1405 a. b. G. B., wonach der Assignatar, der die erhaltene Anweisung nicht annehmen will, dem Assignanten ohne Verzug davon Nachricht geben will, desgleichen wenn die Assignation nicht angenommen wird oder dem Assignaten wegen seiner Abwesenheit nicht vorgezeigt werden kann: die Benachrichtigung erfolgt auf Gefahr des Assignanten, in dessen Interesse sie geschieht (Protokolle II S. 242. 243).

125) Ueber das in neuerer Zeit vielbesprochene Checkwesen vergl. insbesondere Georg Cohn in Endemann's Handb. III S. 1135 fg. und in Conrad's Handwörterb. der Staatswissensch. II s. h. v. S. 814 fg. (eine lichtvolle übersichtliche Darstellung); daselbst S. 829 fg. und im Handb. III S. 1135 Note 1 die umfangreiche Literatur, welche auch von Kapp in der Zeitschr. f. Handelsr. XXX S. 325 Note 1 und von Kuhlenbeck Der Check 1890 S. 214 fg. (vergl. über diese Schrift Rießer in der Zeitschr. für Handelsr. XL S. 597 fg. Freund in Grünhut's Zeitschr. XIX S. 473 fg.) verzeichnet wird. Die erste deutsche Abhandlung über das Checkwesen von Mittermaier in der Zeitschr. f. Handelsr.

wird? Der Aussteller des Checks oder die zahlungleistende Bank?[126])

Die herrschende Meinung in Theorie[127]) und Praxis[128]) geht dahin, daß die einlösende Bank den Schaden zu tragen hat, wenn die Unterschrift des Ausstellers unecht ist (fal-

---

X (1868) S. 1 fg. ist immer noch lesenswerth. — Die im Text behandelte Frage wird unter den mir (leider nur in geringer Zahl) zugänglichen englischen und amerikanischen Schriftstellern am ausführlichsten und klarsten behandelt in dem großen Werke von Daniel A Treatise on the Law of negotiable Instruments (3. edit. Newyork 1886) II p. 665 sq. (Forgeries of checks), p. 671 sq. (Alterations of checks after issue). Die Ausführungen von Leone Levi International Commercial Law II² p. 489 sind in diesem Punkte ungenügend.

126) Wenn die Banken, wie dies häufig geschieht, durch spezielle Abmachungen mit ihren Kunden oder in bindenden Reglements über das Tragen der Gefahr Bestimmungen treffen, so sind diese natürlich in erster Linie maßgebend (vergl. Czelechowsky in den Jurist. Bl. 1881 S. 249). Doch sind solche Bestimmungen oft nicht hinreichend klar und präzis gefaßt und geben zu Zweifeln über den Umfang der Fälle Anlaß, für welche die Gefahr von dem Aussteller übernommen wird.

127) Cohn in Endemann's Handb. III S. 1053. 1165. 1166. Funk Ueber die rechtliche Natur des Checks 1878 (ein schlichter trefflicher Vortrag) S. 27. Das Questionnaire über ein österr. Checkgesetz (1880) S. 35 (Frage 31). Bunzl Material zu einem Checkgesetz (1880) S. 41. Leonhardt Die gesetzliche Begründung des Checksystems (1881) S. 29. Kapp in der Zeitschr. f. Handelsr. XXX (1885) S. 373. 374. Kuhlenbeck S. 128 fg. Cosak Lehrb. d. Handelsr. 2. Aufl. S. 324. — Lyon-Caen und Renault Précis de droit commercial I nr. 1361. — Daniel II p. 665 sq. — A. M. Hanausek Der Check im Giroverkehr S. 35 fg., indem er sich mit Unrecht auf § 1012 a. b. G.B. beruft: in diesem § wird von der actio mandati directa gehandelt, während es sich hier um die actio mandati contraria (§ 1014) handelt.

128) Cohn in Conrad's Staatswörterb. II S. 325 lit. o theilt jedoch ein Erkenntniß des Civiltribunals von Lyon v. 26. Jan. 1889 mit, welches das Prinzip ausspricht, daß die Bank, die ohne Fahrlässigkeit und sans opposition auf einen falschen Check zahlt, den Betrag des Checks ihrem Kunden (dem Aussteller) zur Last stellen (débiter) darf.

scher, gefälschter Check, forged check)[129]). Gewiß mit Recht. Worin liegt aber der Grund dafür? Man führt dies gewöhnlich darauf zurück, daß die zahlende Bank die Handschrift des Ausstellers kennen muß: a bank is bound to know the handwriting of a depositor who draws a check upon it[130]). Dieser Grund ist jedoch nicht ausreichend. Allerdings muß die bezogene Bank die Handschrift des Ausstellers, mit dem sie in Geschäftsverbindung steht, kennen, und zu diesem Ende läßt sie in der Regel vor Eröffnung des Checkverkehrs ihren Kunden (customer), der der zukünftige Aussteller von Checks ist, seine Unterschrift und die Unterschrift der zur Zeichnung seines Namens resp. seiner Firma berechtigten Personen sich vorlegen und bei sich hinterlegen[131]), um dieselbe mit der Unterschrift auf dem ausgestellten Check vergleichen zu können. Unterläßt die bezogene Bank vor der Einlösung des präsentirten Checks die sorgfältige Vergleichung der Originalhandschrift, so verletzt sie ihre mandatsmäßige Sorgfalt und muß die Folgen ihrer Fahrlässigkeit tragen[132]). Wie aber, wenn trotz aller Sorgfalt die Fälschung der Handschrift nicht zu erkennen war, wenn also die Bank nicht ein Opfer

---

129) Auf die Frage einzugehen, ob und wie lange die einen falschen Check einlösende Bank auch von einem redlichen Präsentanten und Leistungsempfänger das Gezahlte mit einer condictio sine causa zurückfordern kann (vergl. Funk Die rechtliche Natur S. 27. 28 und insbes. Daniel II p. 667. 668), ist hier kein Anlaß.

130) Daniel II p. 666. Ebenso Cohn in Endemann's Handbuch III S. 1165.

131) Vergl. Cohn in der Zeitschr. für vergleichende R. W. III. S. 78.

132) Vergl. Lyon-Caen I. Nr. 1361 Note 3. Die in Note 135 angeführte Entscheidung des O.L.G. Celle nimmt dagegen eine solche Pflicht des Bezogenen, vor Zahlung des Checks die äußerlich unverdächtige Unterschrift des Ausstellers mit einer echten Unterschrift des Checkbuchinhabers zu vergleichen, nicht an.

ihrer Unkenntniß oder ihrer Fahrlässigkeit, sondern ein Opfer der täuschenden Nachahmung der Unterschrift, des geschickten Betruges ist? Der Grund dafür, daß die bezogene Bank die Unterschrift des Ausstellers auf ihre Gefahr prüft und auf ihre Gefahr den unechten Check einlöst, liegt in Folgendem. Die Bank übernimmt in dem fundamentalen Checkvertrag[133]) (convention préalable), den sie mit ihrem Kunden schließt und der sich gewöhnlich als Nebenvertrag an ein Depositengeschäft oder an ein Kontokorrentverhältniß anschließt, die generelle Verpflichtung, die mittelst Checks ertheilten Zahlungsaufträge ihres Kunden auszuführen. Auf Grund dieses allgemeinen Zahlungsmandates ist die Bank verpflichtet und berechtigt, die einzelnen mittelst Checks gegebenen Zahlungsmandate des Kontoinhabers zu vollziehen und auf Grund des betreffenden Spezialmandates Zahlung zu leisten[134]). Wird nun die Unterschrift des ausstellungsberechtigten Kontoinhabers gefälscht, so ist im gegebenen Fall ein spezieller Zahlungsauftrag gar nicht vorhanden: die Bank zahlt nicht auf Grund einer wirklichen Zahlungsanweisung, sondern auf den falschen Schein einer solchen[134a]). Die Bank zahlt somit außerhalb ihres Generalmandates: der Verlust, den sie erleidet, entsteht extra causam mandati (ex occasione mandati) und muß daher von ihr getragen werden (oben Nr. IV).

---

133) Vergl. Cohn in der Zeitschr. für geschichtl. R. W. III S. 75 fg. 81 fg. in Endemann's Handb. III S. 1147 fg. und in Conrad's Staatswörterb. II S. 814. 815. Vergl. auch Simonson im Archiv für bürgerl. Recht VI S. 353. 354.

134) Vergl. Kapp in der Zeitschr. für Handelsr. XXX S. 372 fg.

134a) Ebenso in dem oft erzählten englischen Fall, in welchem der Aussteller einen von ihm ausgefüllten Check zerriß und die Stücke wegwarf, welche ein dritter Unberechtigter aufhob und zusammenklebte und hierauf den derart restituirten Check der bezogenen Bank präsentirte, welche ihn einlöste.

Hierbei wird jedoch vorausgesetzt, daß den Bankkunden nicht etwa der Vorwurf trifft, daß er durch sein mandatwidriges Verhalten den Schaden der zahlungleistenden Bank mittelbar verschuldet hat[135]. Ist der Checkbuchinhaber in der Aufbewahrung desselben fahrlässig, oder versäumt er es, die Bank von dem Verlust des Checkbuchs (Carnet) sofort nach Wahrnehmung desselben in Kenntniß zu setzen, so verletzt er hiermit seine mandatmäßige Pflicht und muß den Verlust tragen, der aus der vorwurfsfreien Einlösung des gefälschten Checks entsteht[136].

Die Frage, wen die Gefahr der Einlösung eines Checks trifft, welcher zwar die echte Unterschrift des Ausstellungsberechtigten trägt, aber in seinem Inhalt gefälscht ist (verfälschter Check, altered check), läßt sich leicht beantworten, wenn den Aussteller oder die zahlende Bank ein Verschulden

135) Die Verpflichtung, die Checkformulare sorgfältig aufzubewahren und im Fall eines Verlustes die Bank rechtzeitig zu benachrichtigen, pflegt in dem Uebereinkommen der Bank mit ihren Girokunden denselben ausdrücklich auferlegt zu werden. (Vergl. die Bestimmungen für den Giroverkehr der österr. ungar. Bank XIII 12 und dazu Bubenik Die Technik des Giroverkehrs der österr. ungar. Bank 1888 S. 74 fg. 82 fg. 88 fg.). Es ist jedoch unrichtig, wenn Cohn in Endemann's Handb. III S. 1058. 1166 (dem Kuhlenbeck S. 133 fg. hierin beistimmt) meint, daß eine solche Verpflichtung ohne besonderen „Nebenvertrag" nicht besteht: dieselbe ergibt sich vielmehr ganz von selbst aus der Natur des Mandats als eines bonae fidei negotium (§ 28 J. de act. 4. 6 L. 2 § 3 L. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7). Dies hat mit Recht und mit treffender Motivirung auch die Entscheidung des O.L. G. Celle v. 18. Nov. 1886 (mitgetheilt im Auszug in der Zeitschr. für Handelsr. XXXV S. 262. 268 und in extenso bei Kuhlenbeck S. 210 fg.) angenommen. Vergl. auch Lyon-Caen I Nr. 1861.

136) Sind sowohl Aussteller als einlösende Bank im Verschulden, so finden die Grundsätze Anwendung, welche überhaupt bei konkurrirendem Verschulden gelten. Vergl. Unger Handeln auf eigene Gefahr S. 3 Note 4. Ueber Deutsch. Entw. II § 217 vergl. jetzt insbes. Endemann in der Note 88a angef. Schrift S. 74 fg.

trifft. Hat der Aussteller bei der Ausfüllung des Checks die sachgemäßen oder vorgeschriebenen Kautelen zur Verhütung von Fälschungen nicht beobachtet und dadurch die Verfälschung ermöglicht[137]), so trägt er den Schaden; ist die Bank bei der Einlösung des Checks nicht mit der vollen mandatmäßigen Sorgfalt vorgegangen[138]), so trägt sie den Schaden. Wie aber, wenn keinen Theil ein Vorwurf trifft? Der herrschenden Meinung zufolge trägt in einem solchen Falle die einlösende Bank die Gefahr und den Verlust[139]). Ich vermag nicht

---

137) Die allgemeine Regel ist, daß der Aussteller die Zahlungsanweisung in a businesslike manner d. h. so auszufüllen hat, daß Verfälschungen möglichst vorgebeugt werde. Zumeist aber werden in dem Uebereinkommen der Bank mit ihrem Girokunden besondere Abreden über die Art der Ausfüllung der Checkblankets getroffen. (Vergl. die Bestimmungen der österr. ungar. Bank für den Giroverkehr XIII 12 Abs. 2. Ueber die Gründe, aus welchen die häufig in Gebrauch stehende Schutzmaßregel der Anbringung einer Zahlenreihe an der rechten Seite des Checks und der Abtrennung der den Betrag der angewiesenen Summe übersteigenden Zahlen nicht beliebt wurde, vergl. Bubenik S. 89. 90).

138) So wenn eine Bank einen korrigirten oder mit Zusätzen versehenen Check ohne vorhergehende Anfrage bei dem Aussteller einlöst. Vergl. die Bestimmungen für den Giroverkehr der österr. ungar. Bank XIII 11 Alin. 7.

139) Vergl. die in Note 127 angeführten Schriftsteller, insbesondere Daniel II p. 671 sq. In der englisch-amerikanischen Judikatur wurde wiederholt der Satz ausgesprochen: If, unfortunately, the banker pays money belonging to the customer upon an order which is not genuine, he must suffer; and to justify the payment he must show that the order is genuine, not in signature only, but in every respect. Vergl. jedoch Note 147. Daniel II p. 671 sucht dies damit zu rechtfertigen, daß der Zahlungsauftrag sich eben nur auf den original amount bezieht und darüber hinaus kein Auftrag besteht, daher die Bank das ultra mandatum Bezahlte dem Aussteller nicht in Rechnung stellen kann. Hiermit scheint jedoch nicht in Einklang zu stehen, daß nach der Ansicht dieses Schriftstellers (II p. 595) der Aussteller eines Checks, dem derselbe vor der Emission gestohlen wurde oder sonst abhanden kam, der Bank, welche denselben bona fide eingelöst hat, Ersatz leisten muß, obgleich a check must be issued (begeben), before it is binding. Ueber verwandte Fälle solchen

diese Meinung zu theilen und bin vielmehr der Ansicht, daß der Aussteller Gefahr und Verlust zu tragen hat[140]). In dem Checkvertrage übernimmt in der Regel eine Bank die generelle Verpflichtung, die auf sie ordnungsmäßig gezogenen und zur Zahlung präsentirten Checks ohne vorhergegangenes Aviso[141]) sofort (bei Sicht) einzulösen. Der Aussteller des Checks braucht somit die Bank nicht davon zu benachrichtigen, daß er einen Check emittirt hat und auf wen und auf welche Summe er denselben ausgestellt hat. Durch den Wegfall eines solchen Avis wird die Bequemlichkeit des Ausstellers in der Verfügung über sein Guthaben in beliebigen Theilbeträgen (sog. Zerstückelungsbefugniß) und die Leichtigkeit, Zahlungen durch die Bank zu leisten, bedeutend erhöht und somit der Vortheil, welchen das Checkwesen dem Kontoinhaber gewährt[142]), beträchtlich vergrößert. Dagegen wird die Situation der einlösungspflichtigen Bank hierdurch wesentlich verschlimmert, indem sie bei dem Mangel eines Avisos, welches

---

Handelns auf eigene Gefahr vergl. Unger S. 127. 128. Ebenso handelt der Geber eines Checks auf eigene Gefahr, wenn er dem Nehmer des Checks die richtige Ausfüllung desselben anvertraut.

140) Dieser Ansicht ist auch Hanausek S. 37 fg., jedoch aus dem Note 127 angegebenen unstichhaltigen Grunde.

141) Vergl. Funk Die rechtliche Natur des Checks S. 13. Cohn in der Zeitschr. für vergleichende R. W. III S. 77.

142) Die Institution des Checks besteht überwiegend im Interesse des Kontoinhabers, dem die Bank durch Einlösung des Checks einen Geschäftsdienst erweist, wofür sie keine Provision bezieht, indem sie ihren Vortheil indirekt in der Steigerung des Anreizes zur Deponirung von Geldern findet, deren Verwendnng in eigenem Nutzen ihr gestattet ist. Vergl. Koch in dem Gutachten für den 17. deutschen Juristentag (Verhandl. I S. 2). Ursprünglich mußten bei der ersten in Venedig angeblich 1156 gegründeten Girobank die Parteien gleichzeitig persönlich erscheinen, um die Abschreibungen und Zuschreibungen vornehmen zu lassen, wodurch allerdings die Gelegenheit zu Fälschungen abgeschnitten war. Vergl. Hübner Die Banken 1854 S. 63.

als „Warnungsbrief" dienen würde[143]), der Gefahr ausgesetzt ist, einen entstellten Zahlungsauftrag auszuführen und einen verfälschten Check zu honoriren[144]): unter der Bequemlichkeit des Verkehres leidet die Sicherheit desselben. Der Checkvertrag enthält somit einen mit besonderen Gefahren verbundenen allgemeinen Zahlungsauftrag. Die mit der Besorgung eines Auftrages „unzertrennlich" verbundenen und ex causa mandati (hier des fundamentalen Generalmandates) entspringenden Gefahren muß der Mandant tragen, nicht der Mandatar, der aus dem Auftrag keinen Schaden leiden soll (oben Nr. IV). Hat der Aussteller den Vortheil, daß die bezogene Bank ohne vorausgegangenes Aviso den präsentirten Check zu honoriren verpflichtet ist, so muß er auch die damit verbundenen Nachtheile tragen: will er es unterlassen, die bezogene Bank von Fall zu Fall vorher zu informiren, so geschieht dies eben auf seine Gefahr[145]). Daraus folgt, daß der Aussteller im Fall der vorwurfsfrei (in good faith and without negligence) erfolgten Einlösung eines verfälschten Checks die von der bezogenen Bank geleistete Zahlung gegen sich gelten lassen und der einlösenden Bank die gezahlte Summe ersetzen muß: alioquin justa et probabilis ignorantia damnum ei adferet (Gaj. III 160.

143) Thöl Wechselrecht § 70.

144) Auf diesen Umstand, daß die bezogene Bank den präsentirten Check sofort ohne avertissement du tireur bezahlen muß, stützt sich auch Lyon-Caen 1 nr. 1361, um die Anwendbarkeit der wechselrechtlichen Vorschrift des Art. 145 Cod. de commerce (Celui qui paie une lettre de change à son échéance et sans opposition est présumé valablement libéré) auf Zahlung eines echten Checks an einen zum Empfang nicht Berechtigten abzuleiten.

145) Auch in dem Note 139 a. E. erwähnten Falle würde die Bank durch rechtzeitige Benachrichtigung vor der Auszahlung des unrichtigen Betrages bewahrt bleiben: für die einlösende Bank vermag es aber keinen Unterschied zu machen, ob die Veränderung der Summe durch Vertrauensmißbrauch oder durch Verfälschung erfolgt ist.

§ 10 J. mand. 3. 26)[146]. Diese Ersatzpflicht findet statt, mag nun die Verfälschung die Person des Assignatars[147] oder die Summe betreffen, welche ausbezahlt werden soll[148].

---

146) Man möchte vielleicht einwenden, daß die Ableitung der Ersatzpflicht des Ausstellers im Fall der Einlösung eines verfälschten Checks aus der verkehrsüblichen Unterlassung der Avisirung der bezogenen Bank konsequenterweise dahin führen müßte, den Kontoinhaber auch die Gefahr der Einlösung eines falschen (unechten) Checks tragen zu lassen. Der Avisirung resp. der Unterlassung derselben kann jedoch in letzterem Falle nicht die gleiche Bedeutung und Wirkung zugeschrieben werden, weil auch der Avisbrief falsch (unecht) sein kann, in welchem Falle doch wieder die einlösende Bank den Schaden zu tragen hätte. Eine der bezogenen Bank direkt zugehende Avisirung wäre sonach eine wirksame Kautel gegen die Einlösung eines verfälschten, nicht auch eines falschen Checks: der Aussteller muß daher die Gefahren tragen, denen ein von ihm ausgestellter (echter) Check bei seiner Wanderung durch fremde Hände ausgesetzt ist, während die Ausstellung eines (falschen) Checks auf seinen Namen durch einen unberechtigten Dritten nicht auf seine Gefahr gehen kann: man ist für sein eigenes Kind verantwortlich, nicht für ein unterschobenes Kind.

147) Ein Rektacheck wird in einen Ordre- oder Inhabercheck, ein Ordrecheck in einen Inhabercheck verfälscht. — Nach englischem Recht trifft, wenn eine Fälschung in Ansehung des stattgefundenen crossing (Sperren) eines Checks verübt wurde, den Aussteller der Schaden, wenn die bezogene Bank in good faith and without negligence gezahlt hat. Bills of exchange Act 1882 sect. 79 nr. 2 alin. 2. (Dieses Gesetz findet sich abgedruckt bei Koch Ueber Bedürfniß und Inhalt eines Checkgesetzes 1883 S. 32 fg.) — Ueber Zweck, Arten und Form des sog. crossing vergl. Birnbaum in der Zeitschr. für Handelsr. XXX S. 21 fg. Cohn in Endemann's Handb. III S. 116 fg. — Darüber wird wohl kein Zweifel bestehen, daß die einen Ordrecheck einlösende Bank die Echtheit der Indossamente nicht zu prüfen verpflichtet ist (vgl. Art. 36 W. O. Funk Questionnaire S. 35): die Gefahren der Negotiabilität müssen Jene tragen, in deren Interesse das Papier cirkulationsfähig ist.

148) Kuhlenbeck S. 129 meint, daß es „nicht nur dem juristischen Logiker, sondern auch dem uninteressirten Rechtsgefühl einfach und natürlich erscheinen muß", daß im Fall der Fälschung der Summe auf einem echten Check die vorwurfsfrei einlösende Bank und nicht der Aussteller den Schaden zu tragen habe. Das Rechtsgefühl ist eine dunkles Element: das Urtheil, welches das Rechtsgefühl diktirt, ist ein anti-

Das Resultat ist somit — abgesehen von Fällen eines Verschuldens — folgendes: einen falschen Check löst die bezogene Bank auf eigene Gefahr ein, einen verfälschten Check zahlt sie auf fremde Gefahr (auf Gefahr des Ausstellers)[149].

Es ließen sich wohl noch andere Fälle auffinden, in welchen ein Handeln auf fremde Gefahr stattfindet. Es

zipirtes Urtheil, dessen Entscheidungsgründe unter der Schwelle des Bewußtseins liegen, eine Art Judikatur des Unbewußten. Mir nun sagt mein Rechtsgefühl, daß in dem fraglichen Fall der Aussteller den Verlust zu tragen habe und ich bin um so mehr geneigt, auf diese Stimme zu hören, als ich bei einer Bank ein Konto habe und ein Checkbuch besitze, so daß das egoistische Interesse mich vielmehr bestimmen müßte, der Bank die Gefahr der Zahlung eines von mir ausgestellten Checks, der hinterher verfälscht wurde, aufzuladen.

149) Eine andere Frage ist es, ob der Gesetzgeber sich nicht aus rechtspolitischen Gründen bestimmt finden mag, um die Banken bei Einlösung von Checks zur äußersten Sorgfalt und Wachsamkeit zu nöthigen und mißliche Prozesse darüber abzuschneiden, in ein Checkgesetz die rein positive Vorschrift aufzunehmen, daß auch die einen verfälschten Check einlösende Bank dies auf ihre Gefahr thue und den Verlust zu tragen habe, dafern sie nicht im Stande sei, ein Verschulden des Ausstellers nachzuweisen. Motivirt doch auch Daniel II p. 673 die amerikanische Rechtsprechung (Note 139) mit der mehr legislativpolitischen als juristischen Bemerkung: „The lesson of caution and prudence on the part of the bank can not be too well learned or too closely followed". Der Gesetzgeber, der eine solche Vorschrift erläßt, sollte sich aber dessen bewußt sein, daß er hiermit utilitatis causa eine Bestimmung contra rationem aequitatis trifft und müßte sich dann aus naheliegenden Gründen wohl noch zu dem weiteren Schritte entschließen, ein Uebereinkommen, wodurch die Gefahr der Einlösung eines unechten oder verfälschten Checks von der Bank auf den Kontoinhaber überwälzt werden soll (ein Sichherausziehen der Bank aus dem Gesetz — to contract out, wie es in der englischen Rechtssprache heißt) für nichtig zu erklären.

läßt sich jedoch schon aus dem Gesagten mit genügender Sicherheit die Existenz des Billigkeitsprinzips erkennen: eigenes Interesse, eigene Gefahr — fremdes Interesse, fremde Gefahr. Dieses Prinzip der Aequitas hat schon im römischen Recht gegolten und verdient im modernen Recht weitere Verwerthung und allgemeinere Anwendung zu finden.

Nur in scheinbarem Widerspruch mit diesem Prinzipe steht, daß im Fall gerichtlicher Hinterlegung der Schuldner in seinem Interesse und dennoch auf Gefahr des Gläubigers handelt[150]) (HGB. Art. 343 Abs. 1. WO. Art. 40. Preuß. Landr. I 16 § 228. Oesterr. Gesetzb. § 1425. Schweizer. Bundesges. Art. 107. 759). Die gerichtliche Deposition ist ein Surrogat der Erfüllung, welche nicht in regelrechter Weise unter Mitwirkung des Gläubigers durch Entgegennahme der Leistung erfolgen kann. Der Schuldner wird durch gerichtliche Hinterlegung (wenngleich nicht immer sofort definitiv) ebenso befreit, wie durch unmittelbare Leistung an den Gläubiger (L. 9 C. de solut. 8.42 [43]): dieser muß daher die Gefahr des deponirten Schuldgegenstandes ebenso tragen, wie im Fall normaler Erfüllung.

150) Vergl. Czyhlarz in Grünhut's Zeitschr. VI S. 65 fg. 672 fg. 675 fg.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena — 1254

V.

Zur Beurtheilung des Rechtes der Schuldverhältnisse nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Vortrag, gehalten am 10. Februar 1894 in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin[1]).

Von **E. Strohal.**

Hochansehnliche Versammlung!

In der an mich ergangenen ehrenvollen Einladung, in diesem erlesenen Kreise von Juristen einen Vortrag zu halten, war zugleich der Wunsch ausgesprochen, ich möchte den Gegenstand desselben aus dem Bereiche der zweiten Lesung des Entwurfs zum bürgerlichen Gesetzbuch wählen. Wie der Einladung selbst, so glaubte ich auch der Erfüllung dieses Wunsches mich nicht entziehen zu dürfen, und zwar um so weniger, als ich mich mit Ihnen, meine hochverehrten Herren, in der Ueberzeugung einig weiß, daß die Kodifikation und Unifikation unseres bürgerlichen Rechtes die größte und wichtigste aller legislativen Aufgaben bildet, welche das neue Reich bisher in An-

1) Mit diesem Vortrage soll die in späteren Heften fortzuführende Besprechung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs zweiter Lesung vorläufig eingeleitet werden.

griff genommen hat. Die Bedürfnisse des Lebens und der Praxis, der Wissenschaft und des Unterrichts drängen gleichmäßig zur endlichen Beseitigung eines Zustandes der Rechtszersplitterung, dessen Unzuträglichkeiten sich täglich fühlbarer machen, und ich begreife daher auch die Ungeduld, mit welcher der Einführung des bürgerlichen Gesetzbuchs in großen Kreisen entgegengesehen wird.

Schon als im Frühling des Jahres 1888 der Entwurf erster Lesung zur Veröffentlichung gelangte, fehlte es nicht an Stimmen, welche, wesentlich aus nationalen Gründen, postulirten, daß der Entwurf möglichst rasch und daher auch wesentlich unverändert als Gesetz eingeführt werde. Die Reichsregierung hat sich dieser Auffassung glücklicher Weise nicht angeschlossen, sondern eine zweite Kommission eingesetzt und mit der Aufgabe betraut, den Entwurf erster Lesung einer gründlichen Revision zu unterziehen. Wie nothwendig diese Revision war, beweist am besten die Vergleichung dessen, was von der zweiten Lesung bereits vorliegt, mit dem Entwurf erster Lesung. Obschon als Gesetz ungeeignet und zwar in dem Maße, daß er, wenn als solches eingeführt, den Gedanken der Rechtseinheit hätte kompromittiren müssen, war zwar schon der Entwurf erster Lesung eine hochverdienstliche Leistung. Ein wesentlicher, nicht gering anzuschlagender Vorzug dieses Entwurfs bestand darin, daß er auf dem von ihm behandelten ungeheuren Gebiete eine Unzahl von Fragen, theilweise zum ersten Mal, aufrollte und bestrebt war, denselben legislativ gerecht zu werden. Ich glaube daher auch, daß es keinen Civilisten giebt, der nicht von sich bekennen muß, durch das Studium schon des ersten Entwurfs erheblich gefördert worden zu sein. Je zahlreicher aber die im Entwurf aufgeworfenen Probleme waren, desto weniger konnte billiger Weise überall auch eine richtige und befriedigende Antwort erwartet werden,

desto unvermeidlicher war eine nicht geringe Zahl von Mißgriffen. Es bedurfte also der eingehenden und rückhaltslosen Kritik und es bedurfte, nachdem diese gesprochen hatte, der sorgfältigen Revision des ersten Entwurfs.

Von den Resultaten der zweiten Lesung liegen uns bis nun gedruckt vor: das I. Buch, enthaltend den allgemeinen Theil, und das II. Buch, enthaltend das Recht der Schuldverhältnisse. Ueber den allgemeinen Theil ist ein abschließendes Urtheil m. E. jetzt noch nicht möglich: denn solange der Entwurf in zweiter Lesung nicht vollständig hergestellt ist, läßt sich noch nicht hinreichend übersehen, wie die Rechtssätze des allgemeinen Theiles in die speziellen Theile eingreifen. Immerhin kann aber auch jetzt schon gesagt werden, daß das I. Buch zweiter Lesung gegenüber dem erster Lesung in Form und Inhalt einen großen Fortschritt bedeutet. Ungleich leichter ist die Fällung eines Urtheils über das im Wesentlichen in sich geschlossene, das Recht der Schuldverhältnisse behandelnde II. Buch.

Schon im Entwurf erster Lesung bildete das Obligationenrecht den relativ gelungensten Theil des Ganzen. Trotzdem hat die neue Kommission sich veranlaßt gesehen, auch an diesem Buche recht erhebliche Aenderungen vorzunehmen. Vor allem ist die Anordnung der Bestimmungen eine übersichtlichere, die Fassung eine klarere und liquidere geworden; viel Doktrinäres wurde gestrichen, und ganz unverkennbar tritt uns das Bestreben der zweiten Kommission entgegen, kahle Abstraktionen thunlichst zu vermeiden und das Detail der Rechtssätze lebensvoll auszugestalten. Die Stimmen der Kritik sind nicht nur registrirt, sondern auch gewürdigt und vielfach berücksichtigt worden. Nicht gering ist die Zahl der wesentlichen Verbesserungen, und mit Befriedigung darf anerkannt werden, daß bei der zweiten Lesung einigen Hauptpostulaten der Kritik Rech-

nung getragen worden ist. So hat insbesondere die Stellung des Miethers oder Pächters im Falle einer während der Dauer des Mieth- oder Pachtverhältnisses erfolgenden Veräußerung des Mieth- oder Pachtgrundstücks im Entwurf zweiter Lesung eine dem deutschen Rechtsbewußtsein der Hauptsache nach gerecht werdende Regelung erhalten, die im Entwurf erster Lesung ausgeschlossen gewesene richterliche Minderung einer übermäßigen Konventionalstrafe wurde bei der zweiten Lesung mit Recht zugelassen, die Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung haben eine bemerkenswerthe Vereinfachung erfahren, und das Schadensersatzrecht hat eine, im Verhältniß zu den Vorschriften des ersten Entwurfs, weitaus befriedigendere Gestaltung gewonnen.

Ich begnüge mich mit diesen kurzen Andeutungen und verzichte darauf, mit meiner Aufzählung noch weiter in das Detail einzudringen: denn eine auch nur einigermaßen vollständige Liste der von der zweiten Kommission vorgenommenen Verbesserungen müßte nothwendig weitläufig und in Folge dessen ermüdend werden. Jedenfalls ist das Gesammtergebniß, zu welchem man bei einer Vergleichung des Obligationenrechts der zweiten Lesung mit dem der ersten Lesung gelangt, ein erfreuliches, und nicht unbegründet erscheint mir jetzt die Hoffnung, daß das Jahrhundert nicht vorübergehen werde, ohne dem deutschen Volke ein den Bedürfnissen des Lebens und den Anforderungen der Wissenschaft im Wesentlichen entsprechendes bürgerliches Gesetzbuch bescheert zu haben.

Von großer Wichtigkeit ist aber jetzt doch noch folgende Frage: Haben wir die Gestalt, welche der Entwurf in der zweiten Lesung erhalten hat, bezw. in den noch fertig zu stellenden Partien erhalten wird, als eine völlig definitive anzusehen, an welcher nichts mehr zu ändern ist, oder erscheint es nicht doch vielleicht als gerathen, wünschenswerth, ja vielleicht sogar

als geboten, den Entwurf zweiter Lesung, bevor er als Vorlage im Reichstage eingebracht wird, noch einer Revision zu unterziehen, einer Revision, welche insbesondere auch die Aufgabe hätte, das etwas weitläufig und komplizirt gerathene Werk thunlichst zu kürzen und zu vereinfachen?

Ich verstehe sehr wohl, daß man hierüber verschiedener Meinung sein kann. Nicht mit Unrecht scheint gesagt werden zu können, daß die Vorbereitung des bürgerlichen Gesetzbuches nun schon 20 Jahre in Anspruch genommen habe, und daß es jetzt endlich an der Zeit sei, die Früchte der Arbeit einzuheimsen; versäume man dies, so könne es leicht geschehen, daß das Interesse an dem bürgerlichen Gesetzbuch erlahme und daß die Einleitung einer Superrevision eine Vertagung des großen Werkes ad calendas Graecas bedeute. Ich unterschätze das Gewicht dieser Gründe nicht und bekenne mich sogar zur Ansicht, daß für das Gut der nationalen Rechtseinheit manche Fehler des Werkes in den Kauf genommen werden müssen. Wer auch nur einigen Einblick in die unendlichen Schwierigkeiten der Aufgabe hat, der muß sich darüber klar sein, daß die Herstellung eines völlig fehlerlosen bürgerlichen Gesetzbuchs ein Ding der Unmöglichkeit ist, schon deshalb, weil es Niemanden giebt, der den zu bewältigenden ungeheuren Stoff nach allen Seiten hin gleichmäßig zu beherrschen vermöchte. Ja, ich gehe noch weiter: einem solchen Werke gegenüber, wie es das bürgerliche Gesetzbuch ist, müssen, dafern es überhaupt zu Stande kommen soll, subjektive Meinungen der Einzelnen bescheiden zurücktreten. Jederzeit werden über die Behandlung wichtiger legislativer Probleme verschiedene Ansichten bestehen, und der Gesetzgeber ist daher fast niemals in der Lage, es Allen recht zu machen. Auch läßt sich nicht verkennen, daß zahlreiche Fragen ohne wesentlichen Nachtheil in sehr verschiedener Weise gelöst werden können, und daß wie in der Politik

so auch bei der Gesetzgebung ein Kompromittiren zwischen gegensätzlichen Auffassungen oft unvermeidlich ist. Ein gerechter Beurtheiler des Entwurfs wird demselben daher auch nicht schon jede einzelne Entscheidung als Fehler anrechnen dürfen, welche er von seinem Standpunkte aus anders getroffen hätte.

Allein daraus folgt noch nicht, daß der Entwurf zweiter Lesung als sakrosankt zu behandeln sei; auch er muß der Kritik unterzogen werden, und schlimm wäre es, wenn ihr Votum nicht mehr gehört werden wollte. Denn ein umfangreiches gesetzgeberisches Werk kann, zumal wenn es aus den Berathungen einer vielgliederigen Kommission hervorgegangen ist, trotz aller Sorgfalt der Redaktoren doch noch immer mit Mängeln behaftet sein, welche nur herausgestellt zu werden brauchen, um als solche sofort allgemein erkannt zu werden. Und Mängel solcher Art scheinen mir von einem vorsichtigen und umsichtigen Gesetzgeber allerdings noch rechtzeitig verbessert werden zu müssen, ungeachtet des damit verbundenen Zeitaufwandes. Haften nun dem Entwurf zweiter Lesung, insbesondere dem das Recht der Schuldverhältnisse behandelnden II. Buche, solche Mängel an? Ich kann nicht umhin, dies zu bejahen, und will im Folgenden versuchen, die gegebene Antwort einigermaßen zu begründen. Nicht das ganze mir zur Verfügung stehende Material freilich vermag ich heute vorzuführen. Vieles davon, und vielleicht gerade das Interessanteste, würde sich, weil viel zu komplizirt und subtil, für den mündlichen Vortrag nicht eignen, und ich muß mich also auf Hervorhebung solcher Punkte beschränken, von welchen ich glaube, daß sie verhältnißmäßig leicht liquid zu stellen sind.

Schon in meinen einleitenden Bemerkungen habe ich Gelegenheit gehabt, hervorzuheben, daß die zweite Kommission insbesondere auch bestrebt gewesen ist, den Bestimmungen des Entwurfs eine korrekte, einfache und klare Fassung zu geben.

Allein nicht überall ist dieses Ziel erreicht worden, und auch im Entwurfe zweiter Lesung fehlt es nicht an Formulirungen von größter Fragwürdigkeit. Als Belege hierfür greife ich die §§ 298 und 449 heraus.

Der Eingang des ersteren Paragraphen lautet:

> Hat sich bei einem Vertrag ein Theil den Rücktritt vorbehalten, so sind die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, unter einander so verpflichtet, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre.

Es thut mir leid, sagen zu müssen, daß hinter dieser Fassung ein klarer Gedanke überhaupt nicht steckt. Jemand kauft z. B. ein Pferd und behält sich den Rücktritt binnen 8 Tagen vor. Dabei ist es wieder möglich, daß der Vertrag vor dem erfolgten Rücktritte unerfüllt geblieben, oder daß er bereits erfüllt worden ist. Im ersteren Falle hat der Rücktritt offenbar zur Folge, daß die durch den Vertrag begründet gewesenen Verpflichtungen einfach entfallen; der Käufer ist also nicht mehr zur Uebernahme des Pferdes und zur Zahlung des Kaufpreises, und der Verkäufer nicht mehr zur Uebergabe des Pferdes verpflichtet. Mit Rücksicht auf dieses Entfallen jeder Verpflichtung erscheint es daher als wenig passend, wenn der Entwurf sagt, daß die Parteien bei erfolgtem Rücktritte unter einander so verpflichtet sind, wie wenn ꝛc. Im zweiten Falle, d. h. wenn der Vertrag vor dem Rücktritte bereits erfüllt war, müssen sich an die Vornahme des Rücktrittes allerdings Verpflichtungen der Parteien knüpfen. Allein wozu sind die Parteien unter einander verpflichtet? Einfach dazu, die vor dem erfolgten Rücktritte eingetretenen Erfüllungseffekte praktisch wieder rückgängig zu machen. Dieser Inhalt der eintretenden Verpflichtungen wird aber offenbar ganz inkorrekt zum Ausdruck gebracht, wenn im § 298 gesagt wird: es seien die Parteien unter einander so ver-

pflichtet, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Denn wäre der Vertrag nicht geschlossen worden, so wären die Parteien einander überhaupt nicht verpflichtet gewesen, der nicht geschlossene Vertrag wäre selbstverständlich auch nicht erfüllt worden, und die gar nicht eingetretenen Erfüllungseffekte brauchten nicht rückgängig gemacht zu werden.

Ein ähnlicher Fehler wie im § 298 wird auch im § 449 begangen:

> Durch den Erbschaftskauf — so heißt es hier — werden die Parteien unter einander so verpflichtet, wie wenn der Käufer an Stelle des Verkäufers Erbe geworden wäre.

Ja, wie wären denn aber — so muß man sich fragen — der Erbe A und der Nichterbe B unter einander verpflichtet, wenn B an Stelle des A Erbe geworden wäre? So weit ich sehe, würden sich hieraus allein zwischen A und B überhaupt gar keine Verpflichtungen ergeben. Dies zu sagen, kann aber doch unmöglich die Absicht des § 449 sein. Der Gedanke der Redaktoren war offenbar folgender: Durch den Erbschaftskauf sollen die Parteien unter einander zur mittelbaren Herstellung desselben praktischen Erfolges verpflichtet werden, welcher sich unmittelbar verwirklicht hätte, wenn der Käufer an Stelle des Verkäufers Erbe geworden wäre. Allein ganz abgesehen davon, daß dieser Gedanke mit Rücksicht auf § 455 zweiter Lesung nicht ganz zutreffend ist, findet derselbe in der Fassung des Entwurfs einen durchaus fehlerhaften und mißverständlichen Ausdruck.

Diejenigen Partien des Entwurfs, welche durch die vorberufenen Bestimmungen eingeleitet werden, geben aber auch zu sachlichen Ausstellungen begründeten Anlaß. Ich will dies zunächst konstatiren an den Bestimmungen über den Erbschaftskauf. Nach § 459 ist dieser — und ganz dasselbe gilt nach § 461 auch von der Schenkung einer Erbschaft — seltsamer

Weise ein Geschäft, durch welches in vielen Fällen die Erbschaftsgläubiger unausweichlich geschädigt werden müssen. Sie werden fragen, wie denn dies möglich sein soll? Darauf ist Folgendes zu sagen. Schon das gemeine Recht giebt den Erbschaftsgläubigern, dafern sie Gefahr laufen, durch die Konkurrenz der Gläubiger des Erben geschädigt zu werden, das **beneficium separationis bonorum**. Die modernen Gesetzgebungen haben dieses **beneficium** aus dem gemeinen Recht herübergenommen und weiter ausgebildet. Diesem Beispiele ist auch der Entwurf in der Weise gefolgt, daß er die Nachlaßgläubiger wenigstens in dem Falle, als über das Vermögen des Erben Konkurs eröffnet worden ist, zum Antrage auf Eröffnung des Sonderkonkurses über den Nachlaß für berechtigt erklärt, auch wenn dieser nicht verschuldet ist. Die genauere Regelung dieser Gestaltung, wie sie im § 2150 erster Lesung erfolgt ist, interessirt uns hier nicht weiter. Um so mehr aber die merkwürdige Bestimmung des § 459 zweiter Lesung, welcher zufolge den Erbschaftsgläubigern das Recht zur **separatio bonorum** gegenüber den Gläubigern des Erben von dem Augenblicke an verloren geht, in welchem der Erbe hinsichtlich der Erbschaft den Verkaufsvertrag, bezw. den Schenkungsvertrag abgeschlossen hat. Die entscheidenden Worte des § 459 lauten: „Der Nachlaßkonkurs kann nur gegen den Käufer beantragt werden.“ Die hierbei maßgebende Erwägung scheint offenbar folgende gewesen zu sein. Hat der Erbe den Nachlaß verkauft oder verschenkt und die Nachlaßgegenstände dem Erbschaftskäufer bezw. Schenknehmer bereits übertragen, so droht den Erbschaftsgläubigern nicht mehr Gefahr durch die Konkurrenz der Gläubiger des Erben, wohl aber durch die der Gläubiger des Erbschaftskäufers bezw. Schenknehmers. Dies ist im Wesentlichen richtig. Ganz übersehen ist jedoch im Entwurf folgende überaus nahe liegende Konstellation. Der Erbe

hat die von ihm erworbene Erbschaft verkauft bezw. verschenkt, von den Erbschaftssachen aber noch nichts an den Käufer bezw. Schenknehmer übertragen. Bald darauf kommt es zur Konkurseröffnung über das Vermögen des Erben. Nach dem Entwurf sind die Erbschaftsgläubiger unter dieser Voraussetzung völlig schutzlos, sie haben sich die Konkurrenz der Gläubiger des Erben ohne weiteres gefallen zu lassen, ja sie müssen sogar gewärtig sein, daß zu diesen Gläubigern auch noch der Erbschaftskäufer mit seinen Forderungen aus dem Erbschaftskaufe als ihr Konkurrent hinzutritt. Ich gestehe, dies völlig unbegreiflich zu finden, und bin überzeugt, daß Sie hierin mit mir derselben Meinung sind.

Ich wende mich jetzt den Bestimmungen über den Rücktritt vom Vertrage zu. Dieselben wollen zunächst diejenigen Fälle regeln, in welchen die Ausübung eines vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes in Frage steht. Sie sollen aber ferner, theils unmodifizirt, theils modifizirt, auch auf die im Entwurf recht zahlreichen Fälle des gesetzlichen Rücktrittsrechtes Anwendung finden. Unter diesen Bestimmungen fällt ganz besonders die Norm des § 301 in Verbindung mit § 302 (Z. 1) auf. Danach ist der Rücktritt zwar ausgeschlossen, wenn der Rücktrittsberechtigte den Untergang oder eine wesentliche Verschlechterung des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat, nicht aber dadurch, daß dieser durch Zufall untergegangen ist. Schon bei der Besprechung des Entwurfs erster Lesung sind gegen den letzteren Rechtssatz von verschiedenen Seiten Bedenken erhoben, und ist insbesondere auch der Vorschlag gemacht worden, es solle wenigstens in den Fällen des vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes der Rücktritt ausgeschlossen sein, wenn der Uebernehmer die empfangene Sache nicht unversehrt zurückstellen könne. M. E. wäre auch hiermit richtige Lösung nicht gewonnen worden, und insofern kann es daher nur gebilligt

werden, daß die zweite Kommission den oben erwähnten Vorschlag abgelehnt hat. Allein damit ist noch nicht gesagt, daß die Entscheidung des Entwurfs eine richtige ist. Ihr wesentlichster Fehler liegt darin, daß sie es überhaupt unternimmt, unendlich vielgestaltige Fälle durch eine allgemeine Regel beherrschen zu wollen. Wesentlich verschieden zu beurtheilen sind in dieser Beziehung insbesondere die Fälle des gesetzlichen und des vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes. Ersteres hat in aller Regel nur statt wegen eines vom Gegner des Rücktrittsberechtigten zu vertretenden Umstandes, letzteres beruht überaus häufig auf, aus geschäftlicher Zuvorkommenheit entspringendem freiwilligen Zugeständniß. Im Entwurf bleibt dies gänzlich unberücksichtigt, und gilt für beide Gruppen derselbe Rechtssatz. Er ist für die Fälle des vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes jedenfalls verfehlt. Die einfachsten Beispiele des Lebens beweisen dies. Jemand giebt eine größere Gesellschaft und wendet sich wegen des erforderlichen Weines an einen Weinhändler. Wie viel Flaschen der Besteller brauchen wird, weiß er nicht genau. Schließlich wird man darüber einig, daß der Weinhändler 200 Flaschen zu liefern habe, der Empfänger aber nicht zu behalten brauche, was sich davon als überflüssig herausstellen sollte. Es ist dem letzteren also die Möglichkeit des theilweisen Rücktrittes vom Vertrage zugestanden. Nun erweisen sich 50 Flaschen in der That als überflüssig; allein sie können dem Verkäufer nicht mehr unversehrt zurückgegeben werden, weil sie, ohne daß dabei den Käufer auch nur das geringste Verschulden trifft, zerschlagen oder gestohlen worden sind. In Ermangelung eines besonderen Rechtssatzes würde es als völlig fraglos betrachtet werden müssen, daß der Empfänger bei solcher Sachlage von seinem Rücktrittsrechte keinen Gebrauch machen könne. Der Entwurf entscheidet anders und läßt die wirksame Ausübung des Rücktrittsrechtes im Gegensatz zu dem allgemeinen Rechts

bewußtsein trotzdem zu. Ein weiteres Beispiel: Eine Dame kauft einen Kleiderstoff mit der Beredung, vom Kaufe wieder zurücktreten zu können, dafern ihre Schneiderin denselben für nicht passend halten sollte. Auf Weisung der Dame wird der Stoff an die Schneiderin geschickt. Dieselbe billigt den Stoff nicht und entschuldigt sich zugleich der Dame gegenüber, daß dieser in ihrem Geschäfte von einer Arbeiterin in irreparabler Weise verdorben worden sei. Kann die Dame, welche selbst kein Verschulden trifft, vom Kaufe noch zurücktreten? Nach der Entscheidung des Entwurfs allerdings, nach der allgemein geläufigen Verkehrsauffassung gewiß nicht. Falsch wäre es aber freilich wieder, wenn man aus den eben angeführten zwei Beispielen den Schluß ziehen wollte, daß in allen Fällen des bedungenen Rücktrittsrechtes der Berechtigte schlechtweg die Gefahr jedes wie immer gearteten Zufalls zu tragen habe, von welchem die empfangene Ware betroffen wird. Das Gegentheil scheint sich aus folgendem Falle zu ergeben: Jemand kauft eine Fabrik, die er sich auch übergeben läßt, mit dem Vorbehalt des ihm innerhalb eines Jahres zustehenden Rücktrittes vom Vertrage. Während dieser Zeit wird in Folge eines in der betreffenden Stadt ausgebrochenen Brandes auch die Fabrik vom Feuer verzehrt. Hier kann wieder, in Ermanglung einer besonderen Vereinbarung, als sicher gelten, daß die Ausübung des Rücktrittsrechtes durch den Eintritt dieses Zufalls, der den Verkäufer ja auch betroffen hätte, dafern der Verkauf nicht erfolgt wäre, nicht beeinträchtigt sein darf. Hiermit stimmt der Entwurf überein. Anders und gegen den Entwurf müßte aber wieder entschieden werden, wenn die Zerstörung der Fabrik durch eine vom Käufer mit Konzession der Behörde und, ohne daß ihm ein Verschulden zur Last gelegt werden kann, ins Werk gesetzte Art des Betriebes oder durch das Verschulden des vom Käufer ohne culpa in eligendo ein-

gesetzten Fabrikleiters herbeigeführt worden ist. Ich glaube damit dargethan zu haben, daß es bedenklich und gefährlich ist, der freien Entscheidung des einzelnen Falles durch positive Bestimmung über die Ausübbarkeit des bedungenen Rücktrittsrechtes bei eingetretenem zufälligen Untergang der empfangenen Sache Fesseln anzulegen, und daß gleich anderen Gesetzgebungen auch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch auf jede Vorschrift hierüber am besten verzichten würde.

Gewinne ich aber auf der einen Seite den Eindruck, daß der Entwurf mitunter zu viel normirt, so vermisse ich in demselben auf der anderen Seite einzelne fundamentale Rechtssätze, deren unser heutiges Obligationenrecht m. E. nicht entrathen kann. Ich möchte wenigstens einen dieser von mir vermißten Rechtssätze herausheben; er betrifft die Haftung für das Verschulden dritter Personen in Kontraktsverhältnissen. Wir finden im Entwurfe zwar die hierauf bezügliche Vorschrift des § 234. Danach hat der Schuldner ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich „zur Bewirkung der Leistung bedient", in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Diese Bestimmung ist im Allgemeinen gewiß zu billigen, und es kann höchstens die Frage aufgeworfen werden, ob sie nicht für einzelne Verhältnisse, so z. B. wenn es sich um die Erfüllung eines Schenkungsversprechens, um Rückgabe einer gefundenen oder dem Empfänger irrthümlich zugekommenen, oder ihm ohne, ja vielleicht sogar gegen seinen Willen von einem zudringlichen Geschäftsmanne ins Haus geschickten Sache handelt, zu weit geht. Noch wichtiger aber ist, daß die berufene Bestimmung des Entwurfs durchaus nicht ausreicht. Neben der Haftung für das Verschulden der Personen, deren man sich zur Bewirkung der Leistung bedient, muß auch eine Haftung für das Verschulden derjenigen statuirt werden, welchen man zu Sachen, die man

im eigenen Interesse oder gegen Entgelt in seine Detention übernommen hat, den Zugang öffnet. Die hierher gehörigen Fälle sind überaus zahlreich. Jemand steht z. B. mit einem Buchhändler in einem festen Verhältniß, zufolge dessen ihm dieser regelmäßig Novitäten zuschickt. In einem, an diesen Sachverhalt anknüpfenden, nach verschiedenen Richtungen hin lehrreichen Rechtsfall wirft Ihering die Frage auf, ob der Kunde dafür haftet, wenn die vom Buchhändler ordnungsmäßig zugestellten Bücher während einer schweren Erkrankung des ersteren von einer ungetreuen Dienstperson beiseite geschafft und etwa an einen Antiquar verkauft worden sind? Unser Rechtsgefühl verlangt unter der Voraussetzung, daß der Buchhändler allseitig korrekt vorgegangen ist, die Bejahung der Frage; aus den Bestimmungen des Entwurfs dagegen läßt sich eine solche Haftung nicht ableiten. Weiter: Jemand miethet eine elegante Wohnungseinrichtung und benützt dieselbe etwa durch zwei Jahre. Bei der Restitution stellt sich heraus, daß theils schon bei der vom Miether besorgten Uebernahme, theils später mehrere werthvolle Spiegel zertrümmert, kostbare Bilder beschädigt, andere Sachen verschleppt worden sind. Ist es hier nicht absurd, wenn der Miether in der Lage ist, durch den Nachweis, daß der Schaden durch seine Dienstleute, seine Familienmitglieder, durch Personen, die bei ihm zu Gaste waren, verursacht worden sei, und daß ihm selbst weder culpa in eligendo noch in custodiendo vel inspiciendo imputirt werden könne, jede Haftung von sich abzuwälzen? Der Entwurf bleibt hier selbst hinter dem römischen Rechte zurück; mihi ita placet — sagt Ulpian in der interessanten l. 11 D. locati conducti — ut (conductor) culpam etiam eorum, quos induxerit, praestet suo nomine. Der Entwurf dagegen statuirt bei Miethverhältnissen, insoweit es sich nicht um den Fall handelt, wo sich der Miether Anderer „zur Bewirkung der (ihm ob-

liegenden) Leistung bedient", lediglich eine Haftung des Miethers für das Verschulden derjenigen Personen, welchen er die Ausübung des Miethrechtes durch Untermiethe oder unentgeltlich überlassen (§ 493), nicht aber schlechtweg für alle Personen, welchen er den Zugang zum Miethobjekt eröffnet hat. Besonders mißlich wird der vom Entwurf bezüglich dieser ganzen Haftungsfrage eingenommene ablehnende Standpunkt, wenn es sich um die Ausübung eines bedungenen Rücktrittsrechtes oder im Falle des Kaufes einer mangelhaften Sache um die Ausübung des Rechtes der Wandelung handelt. Schon im Vorhergehenden ist einiges hier Einschlägige berührt worden. Zur Ergänzung mag noch Folgendes dienen: Nach dem Recht des Entwurfs ist Redhibition eines mangelhaften Pferdes, dafern nur den Käufer selbst kein Verschulden getroffen hat, dadurch nicht ausgeschlossen, daß das Pferd von dessen unvorsichtigem Reitknecht zu Tode geritten worden ist, und trifft den Käufer dafür auch keine Haftung. Nach dem von mir proponirten Satze hätte der Käufer dagegen das Verschulden seines Reitknechts als quasi propriam culpam zu vertreten. Darüber aber, daß nur diese Entscheidung der Billigkeit entspricht, kann ein Zweifel doch wohl nicht obwalten.

Lassen Sie mich nun auf einen anderen Punkt übergehen. Es müßte uns Wunder nehmen, wenn sich in einem so komplizirten Gefüge, wie es der Entwurf ist, nicht Widersprüche fänden. Ich glaube solche insbesondere auch im II. Buche nachweisen zu können, und möchte wenigstens einen derselben hier herausstellen. Im modernen Obligationenrecht spielen die sogenannten qualifizirten Legitimationspapiere eine wichtige Rolle. Sie zerfallen, soweit ich sehe, in zwei große Gruppen. Die eine wird gebildet durch diejenigen Legitimationspapiere, welche dem Schuldner einer Leistung die bei der Erfüllung hinsichtlich der Person des Gläubigers vorzunehmende Legiti-

mationsprüfung erleichtern sollen. Solche Papiere sind bekanntlich nicht Inhaberpapiere, das Gläubigerrecht ist nicht mit der Inhabung des Papiers verknüpft; der Schuldner darf aber im Allgemeinen denjenigen als empfangsberechtigt ansehen, welcher sich durch Vorweisung des Papiers legitimirt, und wird so liberirt, selbst wenn er einem gänzlich Unberechtigten geleistet hat. Auf demselben Grundgedanken beruhend, aber etwas anders funktionirend, sind die Papiere der zweiten Gruppe. Ueberaus häufig kommt es im heutigen Verkehr vor, daß zwischen Geschäftsleuten und Kunden Einschreibbücher bestehen, in welche die auf kurzen Kredit bezogenen Waren eingetragen werden. Durch die Vorweisung eines solchen Einschreibbuchs legitimirt, nehmen Dienstpersonen Woche für Woche die für den Haushalt erforderlichen Gegenstände auf das Buch, und am Ende eines gewissen Zeitabschnittes hat der Kunde die in dem Buche verzeichneten Waren zu bezahlen. Ein solcher Verkehr ist aber selbstverständlich nur durchführbar, wenn der Geschäftsmann den Ueberbringer des Einschreibbuchs als zum Abschluß der betreffenden Kreditkäufe auf Rechnung des Kunden ermächtigt ansehen darf. Im Gegensatz zu anderen, ungleich kürzeren Gesetzbüchern — ich verweise beispielsweise auf § 1033 des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs — enthält der Entwurf über diese wichtige Gruppe von Legitimationspapieren gar keine Bestimmung. Wohl aber finden wir im Entwurf eine Normirung bezüglich der Legitimationspapiere der ersten Gruppe; allein sie kann, abgesehen von anderen Bedenken, schon deshalb nicht befriedigen, weil sie widerspruchsvoll ist. Die für unsere Papiere vorzugsweise maßgebende Bestimmung ist im § 736 getroffen; sie lautet:

> Ist eine Urkunde, in welcher der Gläubiger benannt ist, mit der Bestimmung ausgegeben, daß die in der Urkunde versprochene Leistung an jeden Inhaber bewirkt

werden kann, so wird der Schuldner durch die Leistung an den Inhaber der Urkunde befreit. Der Inhaber ist nicht berechtigt, die Leistung zu empfangen.

Darnach möchte man zunächst glauben, es sei für das Wesen der qualificirten Legitimationspapiere charakteristisch, daß in denselben der Gläubiger benannt sei. Allein dies trifft durchaus nicht zu. Der Verkehr weist vielmehr auch eine nicht geringe Anzahl von Legitimationspapieren auf, welche den Namen des Gläubigers nicht enthalten; so verhält es sich z. B. bei Garderobe-Marken, oder bei den Marken, welche Geschäftsleute, denen Gegenstände zur Aufbewahrung oder zur Reparatur übergeben werden, in größeren Städten auszugeben pflegen. Es ist ferner für unsere Legitimationspapiere gleichfalls nicht wesentlich, daß ihre Ausstellung oder Ausgabe durch den Schuldner erfolgt. Ein nicht vom Schuldner, sondern vielmehr vom Gläubiger ausgefertigtes Legitimationspapier ist z. B. die Quittung, deren Ueberbringer schon nach Art. 296 H.G.B. und desgleichen auch nach der Vorschrift des § 319 Entwurfs zweiter Lesung vom Schuldner in aller Regel als ermächtigt angesehen werden darf, die Leistung zu erheben. Ein anderer hierher gehöriger Fall ist folgender: Jemand hinterlegt seinen Koffer, etwa bei einem Eisenbahnportier, reißt eine Visitenkarte entzwei, händigt das eine Stück dem Portier ein, während er das andere bei sich behält, und bestimmt, daß der Ueberbringer des Ergänzungsstücks zur Abholung des Koffers legitimirt sein solle. Es kommt endlich noch die Kombination vor, daß das Legitimationspapier zwar von dem Leistungsverpflichteten ausgegeben wird, zur Legitimation des Ueberbringers aber erst ausreichen soll, wenn es mit der Empfangsbestätigung des Gläubigers versehen ist. So verhält es sich z. B. mit den von den Frachtführern ausgestellten und den Destinataren zugemittelten Avisos. Bei allen diesen Arten

von Legitimationspapieren nun wirft sich gleichmäßig die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen der Verpflichtete liberirt wird, wenn er an einen zum Empfang nicht berechtigten Präsentanten des Papiers leistet. Gewiß ist, daß Liberirung des Schuldners jedenfalls dann eintritt, wenn er dem Präsentanten des Papiers bona fide leistet, d. h. wenn er nach den Grundsätzen von Treu und Glauben keinen Grund hat, den Präsentanten als zur Erhebung der Leistung nicht berechtigt anzusehen. Wie aber im umgekehrten Falle? Gerade diese Frage ist es, welche der Entwurf unvollständig und widerspruchsvoll entscheidet. Im § 736 wird hinsichtlich der vom Schuldner ausgestellten und den Gläubiger benennenden Legitimationspapiere ausgesprochen, daß Leistung an den Präsentanten des Papiers den Schuldner schlechtweg befreit, also auch, wenn die Leistung mala fide erfolgt, d. h. obwohl der Leistende weiß, daß der Präsentant im konkreten Falle nicht berechtigt ist; unbeschadet allerdings eines dem Gläubiger nach Maßgabe der Bestimmungen über „unerlaubte Handlungen" zustehenden Schadenersatzanspruches. In dem nahezu wörtlich mit Art. 296 H.G.B. übereinstimmenden § 319 Entwurfs zweiter Lesung begegnen wir dagegen folgender Bestimmung:

> Der Ueberbringer einer Quittung gilt als ermächtigt, die Leistung zu empfangen, sofern nicht die dem Leistenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen.

Der dem Präsentanten der Quittung mala fide leistende Schuldner wird also hiernach überhaupt nicht befreit. Unwillkürlich drängt sich die Bemerkung auf, warum denn die uns beschäftigende Frage nicht für alle Legitimationspapiere einheitlich und zwar nach dem Muster der Vorschrift des Art. 296 H.G.B. beantwortet, und warum in das Recht der Legiti-

mationspapiere ohne jede Noth ein Widerspruch hineingetragen worden ist? Dieser Widerspruch aber ist umso mißlicher, weil man in Folge desselben nothwendig im Unklaren darüber sein muß, welchen der beiden sich widersprechenden Rechtssätze man auf diejenigen Legitimationspapiere anzuwenden hat, die im Entwurfe ganz unberücksichtigt geblieben sind. Wie verhält es sich also z. B. mit Garderobe-Marken? Wird der Garderobier liberirt, wenn er den Pelz des Theaterbesuchers dem Präsentanten der bezüglichen Marke mala fide ausliefert oder nicht? Mit anderen Worten: gilt für Garderobe-Marken, obwohl in denselben der Gläubiger nicht benannt ist, der Rechtssatz des § 736, oder gilt für sie, obwohl sie vom Schuldner, nicht vom Gläubiger ausgestellt sind, der Rechtssatz des § 319? Und wie ist unsere Frage bei dem mit der Empfangsbestätigung des Destinatars versehenen Aviso zu behandeln? Ist, weil das Aviso vom Schuldner ausgestellt, und in demselben der Gläubiger benannt ist, § 736 maßgebend, oder nicht vielmehr § 319, weil das Aviso zum Legitimationspapier erst wird, wenn sich auf demselben auch die Empfangsbestätigung des Destinatars befindet? Wie verhält es sich endlich mit den früher erwähnten, im Verkehr zwischen Geschäftsleuten und Kunden üblichen Einschreibbüchern? Oder ist es nicht gerade in diesen Fällen ganz evident, daß der vom Präsentanten des Buches abgeschlossene Kreditkauf den Kunden doch unmöglich belasten kann, wenn der Geschäftsmann z. B. weiß, daß jener das Einschreibbuch diesem entwendet hatte? Nach alledem glaube ich nicht, daß hier ohne erhebliche Nachbesserung auszukommen ist, und möchte nur wünschen, daß dieselbe auch den Bestimmungen über Inhaberpapiere zu gute käme, auf welche ich mich hier leider nicht weiter einlassen kann.

Einen anderen Mangel unseres Entwurfs finde ich darin, daß bei der zweiten Lesung hier und da auch Beschlüsse ge-

faßt worden sind, welche ich als übereilte bezeichnen zu dürfen glaube. Als ein Beispiel hierfür möchte ich die Bestimmung des § 402 anführen. Während nach § 384 erster Lesung das dem Käufer einer mangelhaften Sache zustehende Wahlrecht, sich entweder für Minderung oder Wandelung zu entscheiden, als konsumirt zu gelten hatte, wenn sich der Käufer dem Verkäufer gegenüber einmal für die eine oder die andere Alternative ausgesprochen hatte, bestimmt der berufene § 402 zweiter Lesung:

> Die Wandelung oder Minderung ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich mit der von dem Käufer verlangten Wandelung oder Minderung einverstanden erklärt hat oder rechtskräftig dazu verurtheilt ist.
>
> Behauptet der Käufer u. s. w. (Dieser Absatz ist hier ohne Belang.)
>
> Bis zur Vollziehung der Wandelung oder Minderung kann der Käufer die getroffene Wahl ändern oder bei dem Vertrage stehen bleiben.

Lassen sich vielleicht auch gewisse Billigkeitsgründe dafür anführen, daß der Käufer, nachdem er sich zunächst für Wandelung entschieden hat, insolange als Verkäufer sich mit dieser nicht einverstanden erklärt hat, noch zur Minderung schreiten kann, so ist doch die Zulassung einer Aenderung der getroffenen Wahl nach der umgekehrten Richtung nichts anderes als die Begünstigung frivoler Spekulation des Käufers auf Kosten des Verkäufers. Hat jener wegen eines von ihm behaupteten Mangels des Kaufgegenstandes zunächst Minderung des Kaufpreises verlangt, so wird es zu sofortiger „Vollziehung" der Minderung im Sinne des § 402 sehr oft nicht kommen können, sei es, weil Verkäufer nicht ohne weiteres in der Lage ist, das Vorhandensein des vom Käufer behaupteten Mangels zuzugeben, sei es, weil er den von letzterem gestellten Minderungs-

anspruch als einen übermäßigen betrachtet. Inzwischen, selbst während der Anhängigkeit des Prozesses über die von ihm angestellte Minderungsklage, hat der Käufer nach dem Recht des Entwurfs fortdauernd die Möglichkeit, sich statt der Minderung für Wandelung zu entscheiden, und wird er von derselben natürlich auch Gebrauch machen, wenn die gekaufte Sache durch Zufall erheblich verschlechtert wird, oder ganz zu Grunde geht, oder wohl auch einen beträchtlichen Preisrückgang erleidet. Das Seltsamste dabei ist aber Folgendes: Es ist geradezu selbstverständlich, daß sich ein Käufer, wenn er Preisminderung verlangt, zur gekauften Sache ganz anders stellt, als wenn er von vorn herein auf Wandelung besteht. Im letzteren Falle behandelt er die Sache als eine ihm fremde und unterläßt er daher auch bezüglich derselben jede Gebrauchshandlung; im ersteren Falle dagegen darf er sich für berechtigt halten, die Sache in seinen Gebrauch zu nehmen und damit in den Kreis derjenigen Gefahren zu ziehen, welche mit der Vornahme des Gebrauches nothwendig verbunden sind. Gerade daran scheitert jeder Versuch einer Rechtfertigung des § 402. Oder ist es nicht unerhört, daß ein Käufer, der sich auf diesen Standpunkt gestellt und danach gehandelt hat, die Verwirklichung derjenigen Gefahren, welchen er die Sache durch Ingebrauchnahme derselben ausgesetzt hat, zum Anlaß nehmen kann, um Wandelung zu begehren?

Auch sonst hat die zweite Kommission nicht überall eine glückliche Hand gehabt. Obwohl sie z. B. redlich bemüht gewesen ist, die wenig gelungenen Bestimmungen des ersten Entwurfs über die Schuldübernahme zu verbessern, so ist ihr dies m. E. doch so wenig gelungen, daß ich fast glauben möchte, der Mangel jeder Normirung wäre auch der des Entwurfs zweiter Lesung vorzuziehen. Beweis dessen ein einfaches Beispiel aus dem Leben, beurtheilt nach den Be-

stimmungen des Entwurfs zweiter Lesung. Der Eigenthümer eines Grundstücks A veräußert dasselbe an den B und vereinbart mit diesem Schuldübernahme bezüglich der auf dem Grundstück hypothekarisch sichergestellten Forderung des C. Der Bestimmung des § 359 entsprechend theilt A dem C die durch B erfolgte Schuldübernahme schriftlich mit und zwar mit dem Hinweis, daß, wenn die Genehmigung derselben nicht innerhalb von sechs Monaten dem Veräußerer gegenüber verweigert werde, der Uebernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners trete. Allein C schweigt nicht, sondern erklärt dem A gegenüber sofort, daß er die ihm angesonnene Genehmigung der Schuldübernahme verweigere. Darauf folgt aber zwischen A, der auf Befreiung von seiner persönlichen Haftung den größten Werth legt, und C eine weitere Auseinandersetzung, welche die Bedenken des letzteren endlich beseitigt. Die ganze Situation ist so unendlich einfach, daß man glauben möchte, C brauche nichts Anderes zu thun, als seine ursprünglich verweigerte Zustimmung nachträglich zu erklären, um die Schuldübernahme damit zur Perfektion zu bringen. Solch' einfache Lösung ist aber nach dem Entwurf nicht möglich; denn vermöge des Umstandes, daß C die von ihm verlangte Genehmigung der Schuldübernahme zunächst verweigert hat, greift die unvorsichtige und nur Schwierigkeiten bereitende Vorschrift des § 358 ein, welche also lautet:

> Wird die Genehmigung verweigert, so gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt.

Damit soll nun freilich nicht gesagt sein, daß die zwischen A und B in Betreff der Schuldübernahme getroffene Vereinbarung nach allen Richtungen hin als unwirksam anzusehen sei. Trotz der seitens des C vorerst verweigerten Genehmigung bleibt vielmehr B dem A gegenüber nach wie vor verpflichtet, den Gläubiger C rechtzeitig zn befriedigen, wie im Schlußsatze

des § 358 ausdrücklich bestimmt ist. Die praktische Bedeutung der oben herausgehobenen Vorschrift desselben Paragraphen äußert sich also nur darin, daß C, nachdem er die Genehmigung der Schuldübernahme einmal verweigert hat, durch seine auf neuerliches Ersuchen des A nachträglich doch ertheilte Zustimmung nicht mehr bewirken kann, daß B an Stelle des A als Personalschuldner eintritt. Warum dies nicht mehr angängig sein soll, obschon A den B doch fest gebunden hat, um über diese Gebundenheit verfügen zu können, und auch in eine Aufhebung oder Abschwächung derselben nicht eingewilligt hat, ist schwer zu sagen. Mit mir werden auch viele Andere verlegen sein, darauf eine befriedigende Antwort zn finden. Vergegenwärtigen wir uns aber jetzt noch die weiteren Konsequenzen, zu welchen in unserem Falle das Eingreifen des § 358 führen kann. Will A die nachträgliche Bereitwilligkeit des C, der Schuldübernahme durch B zuzustimmen, verwerthen, so bleiben ihm dazu nur zwei Wege offen. Entweder muß er die seitens des C ursprünglich erklärte Verweigerung der Genehmigung dem B gegenüber verschweigen und damit den Thatbestand fälschen, was nahe an den Betrug grenzen würde, oder er muß den B zu einer neuerlichen Erklärung des Inhalts bewegen, daß er auch jetzt noch bereit sei, an Stelle des Veräußerers als Personalschuldner einzutreten. Selbst damit sind wir aber noch nicht zu Ende. Denn die neuerliche Erklärung des B kann für den Gläubiger leicht zur Folge haben, daß er seiner Hypothek verlustig wird; dies dann, wenn B inzwischen das von A gekaufte Grundstück weiter veräußert hat. In diesem Falle kommt nämlich § 361 zur Anwendung, laut dessen durch die Schuldübernahme die für die Forderung bestellten Pfandrechte erlöschen,

> es sei denn, daß . . . derjenige, welchem der Gegenstand des Pfandrechts zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in diese einwilligt.

Würde freilich die ursprünglich zwischen A und B erfolgte Schuldübernahme jetzt noch zur Perfektion gelangen können, so würde auch die Hypothek des C ungefährdet bleiben, da ja A zur Zeit der ursprünglichen Schuldübernahme Eigenthümer des Grundstücks war und in diese eingewilligt hat. Allein die ursprüngliche Schuldübernahme kann jetzt nicht mehr in Betracht kommen, weil sie wegen der Seitens des Gläubigers zunächst erklärten Verweigerung der Genehmigung nach § 358 „als nicht erfolgt" zu gelten hat. Das späterhin zwischen A, B und C dennoch erzielte Einverständniß hat daher den Charakter einer neuen Schuldübernahme, in welche der gegenwärtige Eigenthümer des Grundstücks nicht eingewilligt hat und an welche sich demnach die Rechtsfolge des § 361 knüpft; d. h. mit anderen Worten, der Gläubiger büßt als Lohn für seine gefällige Bereitwilligkeit die Hypothek ein. Ein so verfängliches Recht der Schuldübernahme scheint mir wenigstens nicht acceptirbar zu sein.

Noch vieles Andere würde Besprechung verdienen, allein ich muß mir Beschränkung auferlegen und möchte mir deshalb Ihre Aufmerksamkeit nur mehr für die kurze Erörterung einer wichtigen Entscheidung des Entwurfs erbitten, der Entscheidung über das Tragen der Gefahr bei der Werkverdingung. Es handelt sich dabei darum, ob und inwieweit der Unternehmer für seine Auslagen und seine Arbeit Vergütung in Anspruch nehmen kann, wenn das Werk durch Zufall untergegangen ist. Meines Erachtens ist diese interessante Frage bisher noch in keinem Gesetzbuche ganz richtig gelöst worden und zwar wesentlich deshalb nicht, weil man bei der Entscheidung eine große Gruppe von Fällen entweder gänzlich übersehen, oder sich durch kasuistische Behandlung, wie dies z. B. im allgemeinen Landrecht (vergl. I 11 § 967) und neuestens wieder in Bähr's Gegenentwurf (§§ 615 ff.) hinsichtlich der Bauwerke geschieht,

die Einsicht in das, worauf es allgemein ankommt, verschlossen hat. Dabei zeigt sich übrigens noch folgender Unterschied. Ist ein Gesetz kurz gefaßt und beschränkt es sich lediglich auf die Hervorhebung der Hauptgrundsätze, wie z. B. der Code civil, so vermögen Theorie und Praxis trotz der unvorsichtigen Fassung der gesetzlichen Entscheidung der eigenthümlichen Artung des einzelnen Falles noch immer gerecht zu werden. Ist dagegen ein Gesetz bestrebt, die Konsequenzen der aufgestellten Grundsätze bis in das subtilste Detail zu verfolgen — wie dies beim Entwurfe der Fall ist —, so müssen sich die Fehler des Gesetzes auch in den auf Grund desselben zu treffenden praktischen Entscheidungen rächen. Dies tritt insbesondere auch bei den Bestimmungen des Entwurfs über das Tragen der Gefahr bei der Werkverdingung klar hervor. Nach den Vorschriften der §§ 580 und 582 trägt der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme und in den Fällen, wo nach der Beschaffenheit des Werkes eine Abnahme nicht möglich ist, bis zur Vollendung desselben. Ausnahmen hiervon sollen nach § 581 nur eintreten, und dem Unternehmer ein Anspruch auf Ersatz der gemachten Auslagen und der von ihm bereits geleisteten Arbeit also allerdings zustehen, wenn das Werk vor dem angegebenen Zeitpunkte in Folge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder in Folge einer von dem Besteller für die Ausführung ertheilten Anweisung ohne Mitwirkung eines von dem Unternehmer zu vertretenden Umstandes untergegangen, verschlechtert, oder unausführbar geworden ist. Ich halte die hiermit skizzirte Behandlungsweise im allgemeinen für richtig und der modernen Verkehrsanschauung entsprechend, muß jedoch dieser Anerkennung zugleich eine wesentliche Beschränkung beifügen. Es ist nämlich viel zu weitgehend, wenn dem Unternehmer, abgesehen von den Ausnahmsfällen des § 581, alle wie immer gearteten Gefahren aufgebürdet werden,

welchen das Werk bis zur Abnahme bezw. bis zur Vollendung ausgesetzt ist. Fassen wir nämlich diese Gefahren näher ins Auge, so drängt sich uns alsbald die auch den römischen Juristen nicht entgangene Wahrnehmung auf, daß sie für die juristische Beurtheilung in zwei Gruppen zerfallen. Auf die eine Seite sind zu stellen die Gefahren, welche der Sphäre des Unternehmers, auf die andere Seite diejenigen, welche der Sphäre des Bestellers angehören[1]). Nur bezüglich der ersteren kann billiger Weise verlangt werden, daß sie voll und ganz vom Unternehmer getragen werden. Zu brutaler Ungerechtigkeit führt es dagegen, wenn man dem Unternehmer, wie es der Entwurf thut, jeden Anspruch auf Ersatz der gemachten Auslagen und Vergütung seiner Arbeit auch dann versagt, wenn der vor der Abnahme bezw. Vollendung erfolgte Untergang (die eingetretene Unausführbarkeit) des Werkes durch Zufälligkeiten herbeigeführt worden ist, welche sich in der Sphäre des Bestellers ereignet haben. Einige Beispiele werden den ausgesprochenen Gedanken noch klarer machen. Fertigt ein Maler das bei ihm bestellte Porträt in seinem Atelier an, so ist nichts dagegen einzuwenden, daß jeder Anspruch auf Vergütung entfällt, wenn das Bild vor der Abnahme durch irgend einen Zufall, und sei es auch sogenannte vis maior, zerstört oder unbrauchbar wird. Eine ganz andere Beurtheilung muß dagegen eintreten, wenn das Bild in der Wohnung des Bestellers hergestellt und dort kurz, bevor es fertig geworden, durch das Verschulden dritter Personen, welche zu dieser Wohnung Zutritt haben, oder durch

1) Eine leise Andeutung dieses Gesichtspunkts findet sich bereits in den dem bayrischen Justizministerium vorgelegten Bemerkungen zum Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs, München 1892, S. 139, worauf mich der Verfasser derselben, Herr Ministerialrath Jakubezky (jetzt Mitglied der zweiten Kommission), freundlich aufmerksam gemacht hat.

Zufälligkeiten, welchen dieselbe und, was sich in ihr befindet, ausgesetzt ist, beschädigt oder vernichtet wird. Denn hier handelt es sich um Gefahren, welche den Unternehmer, gerechter Weise, aus dem einfachen Grunde nicht treffen können, weil sie sich lediglich aus den spezifischen Verhältnissen des Bestellers ergeben. Trotzdem würde der Maler bei solcher Sachlage nach dem Entwurfe nicht den mindesten Anspruch haben. Ganz ebenso verhält es sich in zahlreichen anderen Fällen: Ein Zahnarzt verpflichtet sich einem Kunden gegenüber, dessen schlechte Zähne zu plombiren, ihm einige Zähne einzusetzen, kurz dessen Gebiß in entsprechender Weise zu restauriren gegen eine Aversionalsumme von 200 Mark. Nachdem ersterer seine Arbeit nahezu vollendet hat, stirbt der Patient. Hat der Zahnarzt Anspruch auf Vergütung seiner Auslagen und der geleisteten Arbeit? Da die Versagung jedes Anspruches als höchst unbillig erscheint, so könnte man sich vom Standpunkte der Bestimmungen des Entwurfs, dafern der Kunde an einer natürlichen Krankheit gestorben, vielleicht entschließen, dem Anspruche auf Vergütung aus der Erwägung stattzugeben, daß die Vollendung des Werkes gewissermaßen in Folge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes unausführbar geworden sei. Allein selbst dieses Auskunftsmittel würde versagen, wenn der Kunde nicht an einer natürlichen Krankheit, sondern etwa bei einem Eisenbahnunfall ums Leben gekommen ist. Unter dieser Voraussetzung wäre nach dem Entwurf, selbst bei freiester Auslegung, jeder Anspruch auf Vergütung ausgeschlossen. Desgleichen in folgenden Fällen: Ein Künstler hat Fresken in einer Kirche zu malen; als die Arbeit der Vollendung nahe ist, werden die Grundmauern der Kirche durch eine Ueberschwemmung unterwaschen, und stürzt diese in Folge dessen ein. Oder: ein Unternehmer tapezirt die Zimmer eines neugebauten Hauses; dasselbe wird,

nachdem der größere Theil der Arbeit gethan ist, ein Raub der Flammen. Immer und immer wieder also drängt sich die gleiche Erwägung auf: Der Unternehmer hat zwar die Gefahr seiner Unternehmung zu tragen, nicht aber diejenigen Zufälle, welchen der Besteller vermöge seiner spezifischen Verhältnisse ausgesetzt ist. In diesem Sinne scheint mir die Entscheidung des Entwurfs modifizirt werden zu müssen.

Nur einen geringen Theil dessen, was ich über das Recht der Schuldverhältnisse in zweiter Lesung zu sagen hätte, konnte ich Ihnen heute vorlegen. Allein so unvollständig meine Ausführungen auch bleiben mußten, so dürften sie Ihnen doch den Eindruck hinterlassen haben, daß auch der Entwurf zweiter Lesung trotz des gegenüber dem ersten Entwurf erzielten sehr bedeutenden Fortschrittes von erheblichen Mängeln nicht frei ist. An den Dank, den wir der Kommission für jenen schulden, knüpft sich daher der Wunsch, daß diese noch verbessert werden möchten. Je mehr Fleiß, Kraft und Talent auf das bürgerliche Gesetzbuch bereits verwendet worden sind, desto bedauerlicher wäre es, wenn die Arbeit an demselben für abgeschlossen erklärt würde, bevor vollständig geleistet ist, was geleistet werden kann. Denn sonst bleibt uns die Erfahrung kaum erspart, daß andere mit der Kodifikation des Civilrechts beschäftigte Nationen die von uns bereits geleistete Arbeit mit leichter Mühe besser verwerthen, als es vorläufig im Entwurf zweiter Lesung geschehen ist. Pflücken wir deshalb die Früchte unserer Arbeit lieber selbst, aber natürlich erst, nachdem sie völlig reif geworden sind.

VI.

Gründungsmängel und Eintragung der Aktien-gesellschaft.

Von Professor **Dr. Karl Lehmann** in Rostock.

§ 1[1]).

Die Frage, welche Wirkungen Mängel im Gründungs-stadium nach Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handels-register äußern, ist durch die zweite Aktiennovelle in den Vorder-grund gerückt worden. Das langwierige und umständliche Verfahren, welches die Novelle für das Stadium bis zur Ein-tragung vorschreibt, läßt nur zu leicht die Möglichkeit unge-nügender Beobachtung der einschlägigen Gesetzesvorschriften zu, sieht man selbst von dolus oder luxuria der Gründer einer-seits, von Fahrlässigkeit oder Unkenntniß der Registerbehörde andererseits ab. Solange es nicht zur Eintragung der Gesell-schaft gekommen ist, ist die Remedur etwaiger Verstöße mög-lich und der durch sie angerichtete Schade nicht erheblich, da

1) Der hier zu behandelnde Gegenstand gehört zu den schwierigsten und, wie Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts § 115 Anm. 1 hervor-hebt, am spärlichsten behandelten Fragen des Aktienrechts. Seine Trag-weite ist eine über das Aktienrecht erheblich hinausreichende. Ich werde mich indessen auf die Aktiengesellschaften beschränken. Sollte das bürgerl. Gesetzbuch die Regelung der Entstehung der Korporationen übernehmen, so wird an dieser Frage nicht vorbeigeschritten werden dürfen. Der Entwurf zweiter Lesung enthält eine Anzahl von Bestimmungen, die zum Theil einen Fortschritt gegen die Aktiennovelle enthalten.

nach Außen die Gesellschaft noch nicht besteht. Ist die Eintragung erfolgt, so tritt die Gesellschaft nach Außen ins Leben, wird Gläubiger und Schuldner, Eigenthümer und Pfandberechtigter, erwirbt und veräußert, zahlt Steuern und übt andere öffentlichrechtliche Pflichten aus, engagirt Personal und beschäftigt Arbeiter, sammelt Reservefonds und amortisirt Aktien. Und nachdem sie es kurze oder lange Zeit so getrieben, tritt ein erheblicher Mangel im Gründungsstadium zu Tage, der die Frage aufwerfen läßt, ob man überhaupt mit einer Aktiengesellschaft kontrahirt hat. Und wenn man eine verneinende Antwort ertheilt, so tritt die weitere Frage heran, welche rechtliche Folgen hat dieser Zusammenbruch für alle die angeknüpften Rechtsverhältnisse und wie steht es mit dem angehäuften Kapital?

Sieht man sich in der älteren handelsrechtlichen Literatur Deutschlands um, so findet man über diesen Punkt wenig Selbständiges. Solange das alte Octroysystem währte, war dies erklärlich genug. Die lex specialis, welche der einzelnen Kompagnie im 17. und 18. Jahrhundert ihr Sonderrecht gewährte, war einzige und erschöpfende Quelle für sie, soweit sie nicht auf das gemeine Recht verwies — was gerade für die hier zu behandelnde Frage nicht der Fall war. Etwaigen Mängeln in der ursprünglichen Organisation konnte durch Nachtragsoctroys geholfen werden und erwies sich das Ganze als verfehlt, so dekretirte der Gesetzgeber die Kassirung der Kompagnie.

Mit dem Moment, wo das Aktienrecht den Fortschritt zu generellen Normen machte, mußte die Frage nach den Wirkungen von Entstehungsmängeln sich erheben. Diese Frage beantwortete sich nach bürgerlichem Recht, wenn die Aktiengesellschaft unter keinem anderem Gesichtspunkt als dem der bürgerlichen „Gesellschaften" oder „Vereine" betrachtet wurde.

Und so beantworten sie auch die Anhänger der germanistischen Genossenschaftstheorie, die der Zeit vor dem deutschen Handelsgesetzbuch angehören und die freie Bildung der Aktiengesellschaften vertreten. Jolly (Zeitschr. für deutsches Recht XI) statuirt bei Mängeln im Entstehungsstadium die gewöhnliche civilrechtliche Folge. Er wirft freilich die Frage auf, ob nicht wenigstens in dem Falle, wo ein Aktionär durch Zwang, Irrthum, Betrug &c. zum Eintritt in die Aktiengesellschaft bewogen wurde, die spätere Geltendmachung der Rescissibilität oder Nichtigkeit seines Beitritts den Verein intakt lassen müßte, da doch die Rücksicht auf die Interessen Dritter hier eine Rolle spielte. Aber er entscheidet sich auch hier für den rigor juris, dem die angebliche Billigkeit weichen müßte. Streng genommen zählen die von Jolly hervorgehobenen Fälle nebenbei gar nicht sämmtlich zu den hierher gehörigen Mängeln, da die kreatorische Natur des Zeichnungsaktes Jollys vermeintlichen rigor juris bei durch dolus hervorgerufener Zeichnung die Spitze abbricht [1]). Wohl aber würden Formmängel, Fehlen von Zeichnungen und Einzahlungen, Fehlen von Organen &c. für Jolly in Betracht kommen.

Aber die Hauptsache war gegenüber Jolly: das bürgerliche Recht kam hier doch nicht ohne Weiteres zur Anwendung. Es handelte sich um eine Handelskompagnie, die zudem von anderen Handelsgesellschaften sich in Dingen unterschied, für welche in erster Linie handelsrechtliche Gesichtspunkte in Frage kamen, die gerade hier von Erheblichkeit sein mußten. Zunächst war sie nun einmal nach den Gesetzgebungen der wichtigsten Länder nicht freigegeben. Die Konzession der Regierung wurde auch da verlangt, wo, wie in Frankreich und Preußen gene-

1) Dies hat die Praxis der höchsten Gerichtshöfe konstant angenommen. Schon Renaud schwebte der Gedanke vor, Wiener, Gierke, Behrend u. A. haben ihn in neuerer Zeit klar durchgeführt.

relle Aktiennormen erlassen waren. Es fragte sich hier, ob die „constitutio personalis“, welche der Aktiengesellschaft das Leben gab, nicht alle voraufgegangenen Gebrechen heilte. Wenigstens für die Formvorschriften konnte diese Frage aufgeworfen werden. Wenn ein gerichtliches oder notarielles Statut verlangt, die Konzession aber trotz nicht gehöriger Beobachtung dieser Formvorschrift ertheilt wurde, so konnte sehr wohl die Ansicht aufgestellt werden, daß die Gesellschaft trotz eines Formmangels gültig entstanden sei[1]). Pöhls Unterscheidung in seinem Recht der Aktiengesellschaften (§ 8) ist in dieser Hinsicht lehrreich. Er statuirt für den Fall, daß eine Aktiengesellschaft errichtet wurde, ohne die erforderliche Autorität der Regierung nachzusuchen, rechtliche Nichtexistenz, während er wenn „nur die vorgeschriebenen Formalitäten nicht beobachtet worden seien" die Gesellschaft ent- und bestehen lassen will, es sei denn, daß das Gesetz ausdrücklich Nichtigkeit der Aktiengesellschaft vorschreibe. Und andererseits war hier eine Handelskompagnie vorhanden, die auf die wechselnde Masse, nicht auf das Individuum berechnet war, wie die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft. Dieser Punkt mußte auch für materielle Mängel in der Entstehung in Frage kommen.

Die constitutio personalis ist in heutiger Zeit meist fortgefallen, das System der Normativbestimmungen zur Herrschaft gelangt. Der Staat deckt also durch seine Konzession nicht das entstandene Gebilde, er heilt durch Gnadenakt nicht Schwächen der Geburt. Die Aktiengesellschaft ist in dieser Beziehung zu den anderen Handelsgesellschaften herabgestiegen. Es kann sich für unsere Frage nur darum handeln, wieweit die lex generalis um des eigenthümlichen Zwecks der Aktien-

---

1) Für das gemeine Recht verneint diese Frage RGE. V. Nr. 37.

gesellschaft willen hier Sonderbestimmungen gegenüber den anderen Handelsgesellschaften [1]) aufgestellt hat, welche die Wirkung von nach Civilrecht erheblichen Mängeln einschränken.

Betrachten wir die Gesetzgebung Frankreichs, so finden wir als maßgebendes Prinzip des das Normativsystem einführenden Gesetzes vom 24. Juli 1867, daß Mängel im Entstehungsstadium der Aktiengesellschaft fortwirken. An keiner Stelle ist gesagt, daß Aktiengesellschaften hier Sonderbestimmungen unterliegen. Hatte schon der Code de Commerce bei Unterlassung der Publikation des Gesellschaftsvertrages die gleiche Nichtigkeit für die Aktiengesellschaft wie für die offene und Kommanditgesellschaft angedroht, so erweitert das Gesetz von 1867 dessen Bestimmungen. Eine ganze Musterkarte von die Nichtigkeit nach sich ziehenden formellen und materiellen Mängeln im Entstehungsstadium ist im Gesetze vorzufinden, wobei den prinzipiellen Erfordernissen des Civilrechts nicht Abbruch geschehen soll [2]). Die jüngste französische Aktiennovelle hat hieran nichts geändert, sie hat nur eine zehnjährige Verjährung der Nichtigkeitsklage eingeführt und Heilung der Mängel zugelassen [3]).

§ 2.

Demgegenüber vertritt die deutsche Theorie und Praxis zum überwiegenden Theil einen ganz anderen Standpunkt. Er läßt sich kurz dahin definiren: Die Eintragung in das

1) Die Aktienkommanditgesellschaft folgt natürlich der Aktiengesellschaft. Die Nutzanwendung für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften ist nicht Sache dieser Abhandlung.

2) Lyon-Caën et Renault, Traité de droit commercial 2 ed. II Nr. 780 ff., Wiener in Zeitschr. für Handelsrecht XXV, S. 1—12.

3) Lyon-Caën, Appendice au tome second 1894, Nr. 26 ff., vergl. mein Referat in Wochenschr. für Aktienrecht III, S. 129 ff.

Handelsregister heilt die voraufgegangenen, formellen und materiellen, Fehler und Verstöße, sie schafft die Aktiengesellschaft. Die Eintragung in das Handelsregister geht in dieser Beziehung dem mecklenburgischen Grundbucheintrag zur Seite, sie ist nicht bloße conditio sine qua non für das Zustandekommen der Aktiengesellschaft, sondern sie ist causa efficiens, sie erzeugt durch sich die Aktiengesellschaft, sie hat, wie die mecklenburgische Gesetzgebung sich ausdrückt, die formelle Rechtskraft und Unumstößlichkeit in sich. Oder, wenn man denselben Gedanken anders wenden will: wie nach mecklenburgischem Grundbuchrecht die Auflassung streng genommen nicht derivativer, sondern originärer Eigenthumserwerb ist, nämlich Erwerb ex lege durch Eintragung zu Buch, so wäre die Entstehung der Aktiengesellschaft wiederum nicht Association, sondern Zutheilung, nicht private Vereinigung, sondern staatliche Gabe. An Stelle der constitutio personalis wäre nur die lex generalis, an Stelle des einzelnen Privilegs der Erwerb ex lege getreten. Lyon-Caën und Renault[1]) haben also ganz Recht, wenn sie in diesem System eine Art Aufrechterhaltung der „autorisation préalable" erblicken.

Verfolgen wir die Ansichten in der Theorie und Praxis rückwärts, so stoßen wir auf die Thatsache, daß im ersten Jahrzehnt nach Einführung des Handelsgesetzbuches in die deutschen Partikularstaaten diese Auffassung nicht die herrschende war. Der Kommentar von Friedrich von Hahn läßt in den beiden ersten Auflagen nichts davon erkennen, erst in der dritten Auflage 1877 findet sich der Satz:

> „Der Artikel enthält zwar seinem Wortlaut nach nur den negativen Satz, daß vor erfolgter Eintragung ins

---

1) Traité II 797 b; vergl. auch des Ersteren Ausführungen auf dem Congrès international des sociétés par actions S. 89 ff. (Paris 1890).

Handelsregister die Aktiengesellschaft als solche nicht bestehe. Allein damit ist in Verbindung mit Art. 210 zugleich ausgesprochen, daß „die Eintragung ins Handelsregister derjenige Akt ist, wodurch die Aktiengesellschaft als solche rechtlich zu existiren beginnt; von da an wird sie als solche durch die Handlungen ihrer gesetzlichen Vertreter Dritten gegenüber verpflichtet, und diese Verpflichtungen müssen von der Aktiengesellschaft erfüllt werden, wenn sich auch hinterher ergiebt, daß die eine oder andere Ordnungsvorschrift, welche die der Eintragung in das Handelsregister vorhergehenden Vorbereitungsakte betrifft, aus Nachlässigkeit oder auch in betrügerischer Absicht außer Acht gelassen worden. Wegen mangelnder Voraussetzung der Wirksamkeit der Zeichnung kann die Eintragung angefochten werden. Es sind aber entstandene Rechte Dritter anzuerkennen und der Zeichner hat nach Maßgabe seiner Zeichnung zu deren Befriedigung mitzuwirken" (S. 680).

Thöl, der in den ersten vier Auflagen seines Handelsrechts über diesen Punkt schweigt, drückt sich in der 5. Aufl. (1875) noch radikaler aus. In der 6. Aufl. (1879) äußert er sich dahin (S. 457):

„Nach geschehener Eintragung in das Handelsregister ist die Aktiengesellschaft entstanden. Die eingetragene Aktiengesellschaft besteht dritten Personen gegenüber lediglich kraft der Eintragung trotz des Umstandes, daß das Grundkapital in Wirklichkeit nicht vollständig gezeichnet oder nicht ausreichend eingezahlt ist. Demzufolge besteht die Aktiengesellschaft auch unter den Aktienzeichnern, welche trotz jenes Umstandes Aktionäre sind, also nicht berechtigt zum Rücktritt und zur Verweigerung weiterer Einzahlungen."

Ganz generell heißt es bei Dernburg in der dritten Auflage des preußischen Privatrechts (1882) Bd. II S. 659:

„Durch die Eintragung des Registerrichters ist die Aktiengesellschaft gültig konstituirt, wenn auch etwas an den Voraussetzungen der Eintragung fehlte",

während die erste Auflage (1878) den Passus vermissen läßt.

Man vergleiche diese Stellungnahme etwa mit der von Makower in seinem Kommentar (5. Aufl. 1873) eingenommenen, wo es zum Art. 211 hieß:

„Der Absatz 1 des Art. 211 ist mit gutem Grunde negativ gefaßt, denn ob die Aktiengesellschaft mit der Eintragung zur Entstehung gelangt, hängt davon ab, ob die wesentlichen Voraussetzungen für diese (Handlungsfonds, Vorstand ꝛc.) bereits vorhanden sind oder nicht",

um den Umschwung zu erkennen.

In jüngerer Zeit wird der Standpunkt, daß der Eintragung nur die Bedeutung einer conditio sine qua non zukomme, noch mehr verlassen. So drückt sich Endemann, Handelsrecht 4. Aufl. 1887 S. 213 dahin aus:

„Im Interesse der Sicherstellung des Publikums erfolgend, entscheidet der Eintrag, so wie er auf Grund der vorgelegten Nachweise vorgenommen ist, formell über das ganze Verhältniß der Gesellschaft nach außen."

Behrend's Ausführung in seinem trefflichen Lehrbuch (§ 115) lautet folgendermaßen:

„Die Eintragung des Gesellschaftsvertrages in das Handelsregister bewirkt, daß die Aktiengesellschaft als solche, d. h. als selbständiges Verkehrswesen oder als juristische Person in das Leben tritt. Sie erscheint jetzt losgelöst vom Gründungsstadium: der Inhalt des Gesellschaftsvertrages wird nunmehr zum Grundgesetz der juristischen Person. Erst von diesem Zeitpunkt an ist mithin, genau

genommen, die Bezeichnung Statut für denselben gerechtfertigt.

Ordnungswidrigkeiten des Gründungsherganges haben die Ungültigkeit der eingetragenen Aktiengesellschaft nicht zur Folge. Dies gilt sowohl dann, wenn die dem Registerrichter beizubringenden Belege äußerlich in Ordnung sind, aber objektiv unrichtige Angaben enthalten, wie dann, wenn der Mangel in der Anmeldung selbst und deren Belegen anzutreffen ist .... Es kann hiernach geschehen, daß die Aktiengesellschaft als solche zu Stande kommt, obwohl die vom Gesetz für nothwendig erachteten Lebensbedingungen nicht beschafft sind, insbesondere das Grundkapital nicht vollständig gezeichnet oder nicht der erforderliche Betrag auf jede Aktie eingezahlt ist.

Zu den Ordnungswidrigkeiten der Entstehung müssen auch Mängel in der formellen Feststellung des Statuts gerechnet werden. Dagegen kann durch die Eintragung eines Aktes, der sich seinem Inhalt nach nicht als das Statut einer Aktiengesellschaft darstellt, keine Aktiengesellschaft zu Stande kommen. Wenn das Statut den Begriffsmerkmalen der Aktiengesellschaft nicht entspricht, wenn dasselbe in wesentlichen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften in Widerspruch steht oder in wesentlichen Punkten unvollständig ist, so ist trotz der Eintragung, solange der Mangel besteht, keine Aktiengesellschaft entstanden."

Noch weiter geht Cosack in seinem Lehrbuch (2. Aufl. S. 546, 559), wenn er eine Heilung selbst von wesentlichen Mängeln im Statut durch die Eintragung annimmt.

Von den Kommentatoren der Aktiennovelle vertreten den Standpunkt, daß die Eintragung die Aktiengesellschaft schaffe von Völderndorff (S. 408), der merkwürdigerweise für

die Kommanditgesellschaft auf Aktien auf einem anderen Standpunkte steht (S. 102), Kayser (2. Aufl. S. 101), Hergenhahn (S. 68), Esser (5. Aufl. S. 99), Gareis-Fuchsberger (S. 425) unbedingt, Ring (2. Aufl. S. 280, 281) nur mit Einschränkungen. Petersen und von Pechmann verhalten sich ablehnend (S. 80) [1]), Staub (Kommentar zum Aktiengesetz 1894 S. 377 f.) nimmt eine vermittelnde Stellung ein.

Die beiden Autoren endlich, welche über das Aktienrecht umfangreiche Monographien veröffentlicht haben, Renaud und Primker, gehen in ihren Ansichten auseinander. Renaud hatte bereits in der ersten Auflage seines Aktienrechts (S. 325) bemerkt:

> „In keinem Falle ist jedoch der wirklich stattgehabte Eintrag um deswillen, weil die eingetragenen Statuten unvollständig, ja dieselben sogar nicht alle die Bestimmungen enthalten, welche in dem zu veröffentlichenden Auszuge bekannt gemacht werden sollen, ungültig und der Aktienverein als solcher als nicht zu Recht bestehend zu betrachten, wenn nur die eingetragene Gesellschaftsregel die Norm enthält, die das Wesen der Aktiengesellschaft erfordert."

Die zweite Auflage (S. 357) hält daran fest, die Formmängel im Gründungsstadium heilen durch die Eintragung völlig (S. 325); die Frage, ob der Umstand, daß das Grundkapital nicht völlig aufgebracht sei, die eingetragene Aktiengesellschaft an ihrem rechtlichen Bestande hindere, wird verneint

1) Auch Nissen in Zeitschr. für Handelsrecht XIX 374 und Holdheim in Wochenschr. für Aktienrecht II. 299 nehmen eine ablehnende Stellung ein. Vorsichtig drückt sich Förtsch Kommentar zum Handelsgesetzbuch S. 404, 405 aus, scheint aber auf demselben Standpunkt zu stehen.

(S. 295). Aehnlich ist der Standpunkt, den Renaud für die Kommanditgesellschaften auf Aktien einnimmt (Recht der Kommanditgesellschaften S. 686 ff.).

Primker dagegen (Endemann's Handb. I S. 524 ff.) mißt der Registrirung keine rechtserzeugende Kraft, sondern die Bedeutung eines nothwendigen Erfordernisses bei[1]).

§ 3.

Uebereinstimmung herrscht unter allen Autoren, daß die zweite Aktiennovelle in unserer Frage gegenüber dem früheren Rechtszustande eine prinzipielle Aenderung nicht enthält. Die Fassung des Art. 211 ist die alte geblieben und die Motive zur zweiten Aktiennovelle beschäftigen sich mit der Wirkung der Eintragung überhaupt nicht. Auch die erste Aktiennovelle hat an dem Art. 211 nur die auf das alte Konzessionssystem bezüglichen Worte „Genehmigung und" gestrichen. Im Uebrigen ist der Artikel in der alten Fassung bestehen geblieben. Die Streitfrage konnte also schon vor dem Jahre 1870 aufgeworfen werden. Geschah dies nur vereinzelt, so werden wir den Grund in der Herrschaft des Konzessionssystems zu suchen haben.

Wir haben demnach den ursprünglichen Text des Gesetzbuches vor uns und es gilt, dessen Sinn mit Zuhilfenahme der Materialien zu eruiren.

Die Ansicht von der erzeugenden Kraft der Eintragung führt auf die Judikatur des Reichsoberhandelsgerichts zurück. Die ergangenen Entscheidungen haben auf die Folgezeit einen tiefgreifenden Einfluß geübt und sind deshalb zunächst zu prüfen.

---

1) Gierke, Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtsprechung spricht sich über die Frage nicht speziell aus S. 136 A. 4.

Die Entscheidung im Bd. III S. 303, 304 geht auf die Frage selbst noch nicht ein, verweist vielmehr nur auf einige Autoren, welche über die Frage handeln.

Dagegen ist in Bd. VII S. 241 ff. das Prinzip mit voller Schärfe durchgeführt. Ein Zeichner verweigerte nach der Eintragung die weitere Zahlung und forderte Rückerstattung des Gezahlten, weil die Eintragung in das Handelsregister durch unrichtige Angaben erschlichen und deshalb ungültig sei, indem, wie er unter Beweis stellte, zur Zeit der Eintragung weder der gesammte Betrag des Kapitals durch Unterschriften gedeckt, noch ein Viertel des gezeichneten Betrages eingezahlt sei. Mit dem Appellgericht weist das Reichsoberhandelsgericht die Klage ab. „Nur die Eintragung in das Handelsgericht ist wesentlich." „Das Gesetz hat offenbar nicht bezweckt, daß die durch die Eintragung in das Handelsregister zu Stande gekommene Gesellschaft wieder aufhören solle zu existiren oder als rechtlich niemals zur Existenz gekommen behandelt werden solle, sobald sich hinterher ergebe, daß die im Art. 177 vorgeschriebenen Bescheinigungen materiell unrichtig seien, also auch dann, wenn nur eine einzige Aktie weniger als zur Kompletirung des Kapitals erforderlich, gezeichnet, oder auf eine einzige Aktie nicht das volle Viertel des gezeichneten Betrags eingezahlt sei. Dies würde selbst dann nicht anzunehmen sein, wenn den persönlich haftenden Gesellschaftern ein betrügliches Verhalten bezüglich der fraglichen Bescheinigungen zur Last fiele und in solcher Art die Eintragung in das Handelsregister widerrechtlich erschlichen wäre. Für die nach erfolgter Eintragung in das Handelsregister Dritten gegenüber eingegangenen Verpflichtungen haftet die Gesellschaft als solche, wenn auch gegen die Ordnungsvorschriften des Art. 177 gefehlt sein sollte. Für Dritte ist nur die Eintragung in das Handelsregister erkennbar, nicht die Befolgung der Vorschriften im Art. 177 HGB."

Betrachten wir uns diese erste, am 19. Oktober 1872 vom zweiten Senat ergangene Entscheidung, so fällt auf, daß der Gerichtshof die Rechtslage für so klar erachtet, daß die Mühe, aus den Materialien heraus den Sinn des Gesetzes zu eruiren für überflüssig angesehen wird. Das Gesetz hat nach der Ansicht des obersten Gerichtshofes „offenbar" mit der Eintragung konstitutive Bedeutung verbunden und die Bestimmungen in Art. 177 erscheinen nur als Ordnungsvorschriften. Mit dem letzten Satze des obigen Citats wird zugleich die legislatorische Idee, die der konstitutiven Wirkung zu Grunde lag, angedeutet. Der Dritte wisse nur von der Eintragung, nicht von der Befolgung der Vorschriften im Art. 177. Damit ist dem ersten Gedanken aber sofort eine andere Wendung gegeben, er trifft dann nur für den nichtwissenden Dritten zu. Der wissende Dritte könnte sich dann auf die konstitutive Wirkung nicht berufen. Das wäre dann aber eine eigentlich konstitutive Wirkung nicht mehr, es wäre im Grunde nur dasselbe Publizitätsprinzip, das sonst im Handelsregister auftritt, in etwas stärkerer Färbung.

Aber war es denn so selbstverständlich, daß der Gesetzgeber diesen Gedanken hatte? Ein Satz:

> „Vor erfolgter Eintragung in das Handelsregister besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht"

besagt doch nur unzweideutig, daß sie eben früher nicht besteht, und sein Sinn tritt ja um so klarer hervor, wenn man den folgenden Satz hinzuzieht: „Ist vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt worden, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch."

Beide Sätze ergänzen sich, der zweite drückt die Rechtsfolge des ersten aus. Der ganze Artikel regelt zunächst nur den Umstand vor, nicht den nach der Eintragung. Mindestens bedurfte es hier des Nachweises, daß der Gesetzgeber mit den Worten: „vor der Thatsache x ist etwas auf keinen Fall" zu-

gleich sagen wollte „mit der Thatsache x ist es auf alle Fälle". Der logische Schluß wäre ein Trugschluß. Wie wenig aber andererseits wirthschaftliche Gesichtspunkte mit Nothwendigkeit auf dieses Resultat hinwiesen, zeigte einfach der Blick auf das französische Recht, wo in der That bis heute der gegentheilige Standpunkt innegehalten ist.

Auf diese Entscheidung folgt die Entscheidung des gleichen Senates vom 10. April 1875 (XVI S. 357 f.). Hier wird von der klägerischen Seite geltend gemacht, daß die verklagte Aktiengesellschaft als solche wegen zahlreicher Verstöße gegen die Vorschriften des HGB. niemals zur rechtlichen Existenz gelangt sei; das Statut sei nicht in den über die Gründung errichteten Notariatsakt aufgenommen, es sei nichts auf das Grundkapital eingezahlt, die Einzahlung von 10% sei nicht in einer Generalversammlung konstatirt und notariell beurkundet, dem Gericht seien bei der Anmeldung der Aktiengesellschaft zum Handelsregister nicht die Beläge über die Zeichnung des Grundkapitals und über die Einzahlung von 10% vorgelegt. Das Reichsoberhandelsgericht wies unter derselben Begründung, wie in der vorgenannten Entscheidung die Klage ab. Die sämmtlichen, hier verletzten Vorschriften werden für Ordnungsvorschriften erklärt, deren Außerachtlassung an dem Prinzipe des Art. 211, daß die Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister derjenige Akt sei, wodurch die Aktiengesellschaft als solche rechtlich zu existiren beginnt, nicht rütteln könne. Ein Nachweis aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzbuches wird auch hier nicht unternommen.

Denselben Standpunkt setzt die Entscheidung des ersten Senates vom 11. April 1876 (Bd. XX Nr. 72, speziell S. 279 ff.) voraus, wenngleich sie sich mit der prinzipiellen Frage, welche Bedeutung dem Art. 211 zukomme, nicht befaßt.

Das Reichsgericht hat in zwei Entscheidungen vom 30. Juni 1880 (II Nr. 34) und 21. September 1881 (V Nr. 18), ohne Gründe anzugeben, die konstante Praxis des Reichsoberhandelsgerichts bestätigt. Eine Entscheidung vom 10. Juni 1887 bestätigt das sich in den Wendungen der oben citirten Reichsoberhandelsgerichtsentscheidungen bewegende Erkenntniß des Oberlandesgerichts zu Celle (Seuffert's Archiv Bd. 44 Nr. 203).

Wenn nach dem Mitgetheilten feststeht, daß die Praxis der obersten Gerichtshöfe in dieser Frage allerdings eine konstante geblieben ist — so steht nicht minder fest, daß nicht einmal ein Versuch gemacht worden ist, nachzuweisen, das Gesetz habe in der That diese Auffassung gehabt.

Die Literatur, welche dieser Praxis sich anschloß, hat diesen Versuch ebenfalls nicht unternommen. Nur bei Behrend findet sich eine kurze Bemerkung. Er weist im § 115 Anm. 1 darauf hin, daß die jetzige negative Fassung von der Redaktionskommission herstamme, am Schlusse der zweiten Lesung sei der gegenwärtige Art. 211 Abs. 1 in positiver Fassung angenommen worden. Schlägt man in den Protokollen nach, so findet man in der That, daß die in der zweiten Lesung genehmigte Fassung eine positive war. Sie lautete: „Die Aktiengesellschaft als solche besteht erst nach erhaltener Genehmigung und erfolgter Eintragung in das Handelsregister" (Pr. 1449). Aber diese positive Fassung zeigt noch deutlicher, als die jetzige negative, daß man, wie sich aus den Protokollen auch deutlich ergiebt, wiederum nur klar hinstellen wollte, daß eben früher eine Aktiengesellschaft nicht bestände. Die negative Fassung der Redaktionskommission hat also an dem Sinn des Gesetzes nichts geändert und nichts ändern sollen.

Ferner hat sich Renaud mit den Materialien in seinem

Werke über die Kommanditgesellschaften befaßt. In dem die Kommanditgesellschaften auf Aktien behandelnden Theile bespricht er im § 99 die Bedeutung des Eintrags im Handelsregister zunächst nach der negativen, sodann nach der positiven Seite. In letzterer Beziehung stellt er sich auf den Standpunkt des Reichsoberhandelsgerichts. Freilich habe der preußische Entwurf die entgegengesetzte französische Auffassung vertreten, allein der betreffende Artikel 161 sei bereits in erster Lesung beseitigt worden. Diese Bemerkung ist nicht ganz richtig, aber auch nicht ganz falsch. Der Art. 161 des preuß. Entwurfs (Lutz, Beilagen I S. 29, 30) stand ganz auf dem französischen Standpunkt, die erste Lesung behielt ihn zwar im Prinzipe bei, schränkte aber seine Bedeutung ein (Art. 163 bei Lutz, Beilagen I S. 171), die zweite Lesung beseitigte ihn völlig (Lutz, Beilagen I S. 235). Die Protokolle 1118 lassen über die Gründe nichts Näheres erkennen [1]). Der Antrag des Referenten, dem Artikel die jetzige Fassung zu geben, wurde nach kurzer Debatte mit allen gegen eine Stimme angenommen (Pr. 1119). Mir scheint die Erklärung näher zu liegen, daß man den Wortlaut hier mit den für die Aktiengesellschaften getroffenen, vorher berathenen (Pr. 1034—1076) Bestimmungen in Einklang bringen wollte. Erst, wenn es feststeht, wie diese Bestimmungen gemeint waren, würde der Renaud'sche Hinweis stichhaltig sein.

Welche Auffassung hat denn nun aber der Gesetzgeber gehabt? Eine direkte Entscheidung findet sich in den Protokollen nicht, wohl aber läßt sich Einiges eruiren.

Betrachten wir die Entwicklungsgeschichte des Art. 211, so stellt sich der Wortlaut des preußischen Entwurfes Art. 181 (Lutz, Beilagen I S. 33) dahin:

---

1) Vergl. auch Ladenburg in Zeitschr. für Handelsr. XV S. 86, 87.

„Aktiengesellschaften können nur mit landesherrlicher Genehmigung errichtet werden.

Der Gesellschaftsvertrag muß von den Gründern der Gesellschaft vor einem Notar abgeschlossen werden.

Die übrigen Gesellschafter können ihre Beitrittserklärung zum notariellen Vertrage durch eine schriftliche Urkunde abgeben.

Der Gesellschaftsvertrag und die Genehmigungsurkunde müssen in das Handelsregister des Orts, wo die Gesellschaft ihre Hauptniederlassung hat, eingetragen werden.

Wenn diese Förmlichkeiten nicht erfüllt sind und gleichwohl im Namen der Aktiengesellschaft gehandelt wird, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch."

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß hiernach die Eintragung nicht die vom Reichsoberhandelsgericht behauptete konstitutive Kraft besaß. Der letzte Absatz des Art. 181 bezog sich auf die sämmtlichen Förmlichkeiten (notarieller Abschluß, Zeichnung, Eintragung) und statuirte bei einem Formfehler solidarische Haftung der Handelnden.

Bei der Berathung dieses Artikels in erster, wie zweiter Lesung drehte sich der Hauptstreit um die Frage: Konzessions- oder Normativsystem? (Pr. 315—323, 1039). Der Absatz 5 wurde im Grunde nur auf seine korrekte Ausdrucksweise beanstandet und die Redaktionskommission wurde ersucht, ihn daraufhin nochmals zu prüfen (Pr. 318). Der von der Redaktionskommission festgestellte Wortlaut umfaßt die Art. 186, 188, 189 (Lutz, Beil. I 175, 176) des Entwurfs erster, die Art. 194, 196, 197 (Lutz, Beil. I 240, 241) des Entwurfs zweiter Lesung, die Art. 208 210, 211 des Handelsgesetzbuches. Wurde seine Fassung dadurch auch geändert, so verräth nichts

in den Protokollen, daß materielle Aenderungen prinzipieller Art beabsichtigt waren.

Dagegen erhob sich eine lebhafte Debatte über den folgenden Artikel 182 des preußischen Entwurfs. Dieser begann mit den Worten:

„Der Gesellschaftsvertrag muß insbesondere bestimmen"

und enthielt unter 11 Nummern den geforderten Inhalt des Statutes. Es ist der Vorgänger des jetzigen Artikels 209. Es wurde sofort in erster Lesung beantragt, diesen Artikel zu streichen (Protokolle 324 ff.). Der Antragsteller nahm an, daß der Inhalt des Artikels wesentlich reglementärer und staatsrechtlicher Natur sei und keine civilrechtliche Bedeutung habe. Er wolle offenbar nur dazu dienen, festzustellen, was alles dazu erfordert werde, um die Konzession zu erhalten. Solche Bestimmungen aber gehörten nicht in das Handelsgesetzbuch. Denn es sei zu befürchten, daß der Schluß gezogen würde, als sollten die Verträge, bei denen auch nur ein Punkt übersehen sei, nicht rechtsverbindlich sein.

Von einer anderen Seite wurde hervorgehoben, die staatsrechtliche Bedeutung des Artikels zugegeben, empfehle sich dessen Aufrechterhaltung schon aus dem Grunde, weil es nützlich sei, das unerfahrene Publikum darauf aufmerksam zu machen, „über welche Fragen sich ein Gesellschaftsvertrag verbreiten müsse, um Streitigkeiten zu verhüten" (Pr. 325).

Ein Abgeordneter bestritt, daß der Artikel bloß reglementär sei, er habe einen guten juristischen Grund: „Mit jeder Aktiengesellschaft trete ein neues Rechtssubjekt auf; da müsse gesagt werden, was dazu gehöre; man müsse sich wenigstens über die allgemeinen Merkmale verständigen, bei deren Vorhandensein man eine Aktiengesellschaft als bestehend ansehen wolle" (Pr. 325, 326).

Schließlich wurde in erster Lesung ein Antrag acceptirt,

der die rein reglementäre Natur des Art. 182 durch die Fassung: „Der Gesellschaftsvertrag, dessen Genehmigung nachgesucht wird, muß bestimmen" festlegte (Pr. 326).

Diese Fassung hat denn auch im Wesentlichen der Art. 187 des Entw. erster Lesung (Lutz, Beil. I 175, 176). In der zweiten Lesung wurde diese Ansicht aufs Neue bekämpft. Der fragliche Artikel habe nicht bloß eine politische, sondern auch eine wesentlich civilrechtliche Bedeutung. Es wurde demnach die Streichung der die reglementäre Natur ausdrückenden Worte „dessen Genehmigung erfolgen soll" beantragt. „Da sich jedoch in der Debatte sehr erhebliche Bedenken darüber erhoben, was als Folge anzusehen sei, wenn dem Artikel eine civilrechtliche Bedeutung beigelegt und sonach in ihm eine Aufzählung der wesentlichen civilrechtlichen Erfordernisse eines Vertrages über Errichtung einer Aktiengesellschaft aufgestellt würde, und wenn einmal in einem Vertrage, obschon er aus Versehen die Staatsgenehmigung erlangt hätte, ein oder der andere Punkt übergangen wäre; da man es namentlich für ganz unthunlich hielt, einen solchen Vertrag als nichtig anzusehen, gleichviel ob ein mehr oder weniger wichtiger Punkt übersehen worden wäre", so wurde die erste Fassung beibehalten (Pr. 1038).

Der als Art. 209 publizirte Artikel bewahrte diese Fassung bis zur ersten Aktiennovelle. Bei Beseitigung aller auf das Konzessionssystem bezüglichen Worte fielen auch die Worte „dessen Genehmigung erfolgen soll". Streng genommen hätte man ihnen die Worte „dessen Eintragung erfolgen soll" substituiren müssen, um auf den ursprünglichen Sinn hinzuweisen. Unterließ man dies, so konnte über die Bedeutung des Art. 209 doch kein Zweifel bestehen [1]).

---

1) Vergl. Ring S. 182, Begründung des Entw. zur zweiten Aktiennovelle S. 142 und die dort Citirten.

Es lag nach dem Erörterten der Kommission fern, an die Nichtbeobachtung der Bestimmungen des Art. 209 unter allen Umständen Nichtigkeit des Gebildes zu knüpfen. Es lag ihr ebenso fern, der Eintragung in das Handelsregister generell konstitutive Bedeutung beizumessen. Es läßt sich nicht einmal aus den Protokollen entnehmen, daß sie Formmängel heilen sollte.

Es bleibt somit Sache der Wissenschaft, zu eruiren, welche Entstehungsmängel derart wesentlich seien, um trotz erfolgter Eintragung die Aktiengesellschaft als nicht bestehend zu erachten.

I. Formelle Mängel.

§ 4.

Fänden wir im Handelsgesetzbuch für die Entstehung der Aktiengesellschaft nur die Norm des Art. 211 vor, so gälte es, aus der Natur der Aktiengesellschaft heraus unter Zugrundelegung der darüber bestehenden positiven Normen (Art. 207) zu ermitteln, welche Erfordernisse erfüllt sein müssen, um dem eingetragenen Gebilde rechtlich die Eigenschaft einer Aktiengesellschaft zu sichern.

Diese Aufgabe wird aber dadurch komplizirt, daß schon vor der zweiten Aktiennovelle das Gesetz in den Art. 208, 209 Formvorschriften über den Gründungshergang enthielt und daß die zweite Aktiennovelle diesen Bestimmungen zahlreiche, auch materielle, Normen angefügt hat. Es handelt sich darum festzustellen, wieweit hier wesentliche oder unwesentliche Erfordernisse vorliegen.

Ich wende mich zunächst zu den Vorschriften formeller Natur.

Wenn in der Nürnberger Kommission dem Art. 209 eine lediglich politische Bedeutung beigemessen wurde, so war damit

nur die Ansicht lahm gelegt, daß die sämmtlichen darin aufgezählten Punkte essentiell seien. Ganz verkehrt wäre es, aus den Kommissionsbeschlüssen entnehmen zu wollen, daß umgekehrt die im Art. 209 damaliger Fassung aufgezählten Punkte sämmtlich nicht essentiell seien. Wie man über die Wirkung der Eintragung denken mag, soviel ist ja klar, daß das, was eingetragen wird, wie das Statut einer Aktiengesellschaft aussehen muß. Denn da ein Gesellschaftsvertrag eingetragen werden muß (Art. 210, 211), muß ein Gesellschaftsvertrag vorliegen. Soll aber ein Gesellschaftsvertrag vorliegen, so muß der „Vertrag" die Begriffsmerkmale einer Aktiengesellschaft enthalten. Zweifellos hatte man von den im Art. 209 der alten Fassung angegebenen Punkten einen Theil zu den Begriffsmerkmalen zu zählen. Keine Aktiengesellschaft läßt sich z. B. ohne Firma denken und eine Aktiengesellschaft, deren Sitz nicht angegeben ist, ist in das Ungewisse gestellt, eine Aktiengesellschaft ohne Grundkapital und Aktien ist einem Walde ohne Bäume zu vergleichen. Ein Gesellschaftsvertrag, der hierüber Bestimmungen nicht enthält, ist kein Statut einer Aktiengesellschaft, seine Eintragung in das Handelsregister ist die Eintragung einer Urkunde, die nicht Gesellschaftsvertrag ist, eine Aktiengesellschaft kann hier nicht entstehen, mag man der Eintragung noch so weittragende Bedeutung beimessen. Formell also muß auf alle Fälle der Gesellschaftsvertrag die Begriffsmerkmale der Aktiengesellschaft enthalten. Wenn deshalb Esser S. 78 N. 1 den Satz aufstellt, daß, wenn der Registerrichter den Gesellschaftsvertrag trotz Fehlens eines Essentiale einträgt, „so gelangt die Gesellschaft immerhin zur Existenz", so richtet sich eine derartige Ansicht durch ihren inneren Widerspruch von selbst [1]).

1) Auch Simon in Busch's Archiv 47 S. 218 scheint diese Ansicht zu hegen.

Häufig wird gesagt, daß der jetzige Art. 209 die Essentialia des Gesellschaftsvertrages erschöpfend enthalte. So drückt sich Ring dahin aus: „was zu dem Begriffe, dem Wesen einer Aktiengesellschaft gehört, setzt dieser Artikel unverrückbar fest“ (S. 280) und auch die Begründung zur zweiten Aktiennovelle enthält eine ähnliche Bemerkung. Ganz zutreffend ist dies nicht. Wie nach älterem, so lassen sich auch nach jetzigem Recht die Begriffsmerkmale aus Art. 209 allein nicht entnehmen. Wenn Art. 207 als wesentliches Erforderniß hinstellt, daß kein Gesellschafter persönlich hafte, so würde ein die sämmtlichen Punkte des Art. 209 getreu erfüllendes Statut durch eine die persönliche Haftung der Aktionäre normirende Klausel gegen die Begriffsmerkmale der Aktiengesellschaft verstoßen, die Eintragung solches Statutes könnte eine Aktiengesellschaft nicht erzeugen.

Aber freilich hat die zweite Aktiennovelle im Art. 209 eine Reihe von Essentialien aufgestellt. Indem sie von den bisherigen 12 Punkten 5 ausschied, hat sie damit für die übrigen 7 die essentielle Natur festlegen wollen, sie hat aus der reglementären Norm eine begriffliche machen wollen. Wenn man mit der Streichung jener 5 Punkte einverstanden sein muß, weil sie entweder durch ihre Fassung sich als Accidentalia erwiesen [1]), oder weil sie wirklich zu nebensächlich waren [2]), oder weil das absolute Gesetz die statutarische Festsetzung hier erübrigt [3]), so kann man dagegen fragen, ob vom Standpunkte der Kritik die jetzige Fassung des Art. 209 gerade glücklich ist.

---

1) So die Nr. 8: „die Zeitdauer des Unternehmens, im Falle dasselbe auf eine bestimmte Zeit beschränkt sein soll“, Nr. 10 (bez. 11): „die Gegenstände, über welche nicht schon durch einfache Stimmenmehrheit Beschluß gefaßt werden kann“.

2) So die Nr. 6 (bez. 7): Grundsätze der Bilanzaufnahme, Nr. 7: (bez. 8) Legitimation des Vorstandes.

3) So Nr. 6 der ersten Aktiennovelle.

Von den 7 Nummern des jetzigen Art. 209 sind die beiden letzten (Form der Zusammenberufung der Aktionäre, Form der Publikation der Bekanntmachungen der Gesellschaft) herzlich nebensächlich, soweit es sich um die Frage handelt, ob eine Aktiengesellschaft vorliegt oder nicht [1]). Und wenn ihre Aufnahme in den Art. 209 bedeuten soll, daß sie schlechthin Essentialia des Statutes sein sollen, so begreift man wieder nicht recht, warum der Art. 210a bei ihrer Abänderung in der konstituirenden Generalversammlung nicht Zustimmung aller erschienenen Aktionäre verlangt. Das Gesetz leidet hier an einem inneren Widerspruch.

Auch über die Nr. 4 läßt sich streiten. Wenn bestimmt wird, daß das Statut angeben muß, ob die Aktien auf Inhaber oder auf Namen und im Falle der Ausgabe beider Aktien, wie groß die Zahl der Aktien einer jeden Art sei, so wird damit ein Statut nichtig, welches von Aktien ohne nähere Präzisirung spricht oder durch einen Rechenfehler eine Lücke aufweist. Aber wäre es aus inneren Gründen nicht richtiger, solch Statut für gültig zu erklären und eine Art der Aktien als die gesetzlich zu präsumirende anzusehen, etwa die indossable Namensaktie?

Aber an dem Faktum, daß der Art. 209 rein essentieller Natur in den aufgezählten 7 Nummern ist, läßt sich kaum etwas ändern. Nur soviel läßt sich erreichen, daß man durch möglichst wohlwollende Auslegung der Gesetzesnorm die Richtigkeitsfälle nicht zu häufig werden läßt. Wenn z. B. Art. 209 verlangt, daß „der Gegenstand des Unternehmens" angegeben werde, so würde ich zwar mit Holdheim [2]) einverstanden sein, daß die Registerbehörde eine gewisse Spezialisirung verlangen

1) Vergl. auch Renaud, Kommanditg. S. 691. Der Entwurf zum bürgerl. Gesetzbuch zweiter Lesung §§ 51, 52 ist hier viel glücklicher.

2) Wochenschr. für Aktienrecht II 291 ff.

darf, aber ein von ihr zugelassenes Statut mit dem Passus „Die Aktiengesellschaft N. N. wird alle Arten von Handelsgeschäften betreiben", würde ich angesichts des Art. 208 für genügend erachten. Denn ein „Unternehmen" kann „alle Arten von Handelsgeschäften" zum „Gegenstand" haben.

„Die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes" (Nr. 5) gehört insofern zu den wesentlichen Bestandtheilen des Statutes, als eine vorstandslos gedachte Aktiengesellschaft keine Aktiengesellschaft ist. Aber die nähere Ausführung der Grundsätze, nach denen der Vorstand zu bestellen ist, kann das Statut fehlen lassen unbeschadet seiner Gültigkeit.

Wenn die Frage, ob das Statut einer Aktiengesellschaft vorliegt, somit auf das materielle Recht, speziell den Art. 209 zurückführt, wenn aus diesem die begrifflichen Elemente der Aktiengesellschaft zu entnehmen sind — so ist weiter zu erwägen, welche Bedeutung der Verstoß des Statutes gegen eine der zahlreichen Ge- und Verbote hat, wie sie die Aktiennovelle aufstellt. So gegen die Bestimmungen über den Minimalbetrag und die Untheilbarkeit der Aktien, die obligatorische Einsetzung des Aufsichtsrathes, das Verbot der Ordreaktien u. a.

Hier muß nun von jenem wohlwollenden Standpunkt aus unbedingt an der Rechtsregel festgehalten werden „utile per inutile non vitiatur". Nur insofern in Folge der Ungültigkeit der verstoßenden Vereinbarung das Statut derart evakuirt wird, daß die Begriffsmomente der Aktiengesellschaft nicht mehr gegeben sind, hat der Verstoß auf die Frage, ob ein Statut vorliegt, Einfluß. Ein Statut, das die Aktien auf einen geringeren Betrag als 1000 Mark kreirt, ist nur um deswillen kein Statut mehr, weil in Folge der Ungültigkeit der rechtswidrigen Festsetzung ungewiß geworden ist, in wieviel Theile das Grundkapital zerlegt werden soll. Ein Statut, das die Aktien theilen läßt, bleibt dagegen ein Statut, der Satz gilt

als nicht geschrieben. Das Gleiche gilt von einem Statute, welches den Aufsichtsrath für fakultativ oder für überflüssig erklärt oder bestimmt, daß er aus 2 Mitgliedern bestehen solle. Dagegen würde wiederum ein Statut, welches Ordreaktien einführt, nichtig sein, wenn man nicht in der Bezeichnung nur die falsa demonstratio für indossable Namensaktien erblicken kann.

Die Unterstellung, daß das Statut bei Fortfall solcher Bestimmungen nach Absicht der Statutsfeststeller überhaupt nicht bestehen soll, ist willkürlich und würde zu unerträglichen Konsequenzen führen. Wollte man bei den zahlreichen Bestimmungen absoluten Inhalts, die das Aktienrecht enthält, in jeder gegen das jus publicum verstoßenden Statutsbestimmung einen Grund zur Ungültigkeit des ganzen Statutes erblicken, so würde man eine ungeheure Rechtsunsicherheit herbeiführen. Sie rechtfertigt sich weder durch den Zweck der Ge- und Verbote, welche eben nur die Privatautonomie einengen, aber nicht den Begriff der Aktiengesellschaften modeln wollten, noch durch die Sachlage, da eine Absicht der Kreatoren, von derartigen Bestimmungen den Bestand des Statutes abhängig zu machen, deutlich erhellen müßte.

Endlich erhebt sich die Frage, welche Bedeutung kommt der Vorschrift zu, daß das Statut in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung festgestellt werden müsse (Art. 209 Satz 1). Diese Bestimmung rührt aus älterer Zeit her und über ihre Tragweite gingen und gehen die Ansichten auseinander. Während mit Puchelt und Renaud von den Neueren Ring, Staub und Behrend (letzterer jedoch S. 779 in Widerspruch mit 717) den Formmangel durch die Eintragung heilen lassen, halten Petersen und Pechmann sowie Kayser den Formmangel für essentiell. Nach unseren früheren Ausführungen stand das ältere Recht auf dem Standpunkte der

Wesentlichkeit. Dagegen fragt es sich, ob die zweite Aktiennovelle nicht eine andre Auffassung verräth. Hierauf ist später zurückzukommen.

§ 5.

Leichter wird sich die Frage entscheiden lassen, wie es mit den übrigen, durch die zweite Aktiennovelle eingeführten oder doch genauer geregelten Förmlichkeiten steht. Für die Art. 209 a b ist die Folge im Gesetz angegeben, so daß ein Zweifel nicht entstehen kann. Die reglementäre Natur der Anmeldung mit ihren Begleitakten erhellt schon aus der Wortfassung des Art. 210. Dagegen verlangen die Formalien, welche bei der Successivgründung auftreten, eine Besprechung.

Zunächst kommen hier die Förmlichkeiten der konstituirenden Generalversammlung (Einberufung, Beschlußfassung Art. 210 a b) in Betracht. Die Entscheidung, ob man es hier mit Essentialien zu thun hat oder nicht, läßt sich erst fällen, wenn man zu der anderen Frage Stellung genommen hat, ob die Anfechtungsklage aus Art. 222 auf die konstituirende Generalversammlung Anwendung findet oder nicht. Schließt man sich der bejahenden, von der herrschenden Meinung getheilten Auffassung an, so würde die Anfechtungsklage aus einem formalen Verstoß den Beschluß der konstituirenden Versammlung zu einem ungültigen machen. Die Frage, welche rechtliche Bedeutung der Fortfall des Beschlusses auf die eingetragene Gesellschaft hat, gehört dem materiellen Recht an und ist später zu erörtern. Schließt man sich der verneinenden, von Staub vertretenen Auffassung an, so wäre zu eruiren, welche Bedeutung die Unterlassung der Förmlichkeit für die Gültigkeit der konstituirenden Generalversammlung selbst hat. Liegt ein wesentlicher oder ein unwesentlicher Mangel vor? Nur wenn die erstere Alternative gegeben ist, würde die weitere

Frage nach dem Einfluß des Mangels auf die eingetragene Gesellschaft entstehen.

Zunächst glaube ich mit Staub die Anwendung des Art. 222 auf die konstituirende Generalversammlung ausschließen zu sollen. Der Wortlaut des Art. 210b rechtfertigt diese Anwendung nicht ohne Weiteres und die Anwendung führt zu unhaltbaren Folgerungen. Zunächst ist nicht ersichtlich, weshalb nur bei der Successivgründung eine derartig eigenthümliche Anfechtungsart zugelassen sein sollte, die in ihren Folgen theils zu weit, theils nicht weit genug gehen würde. Nehmen wir an, daß die Berufung der konstituirenden Generalversammlung ohne die von Art. 238 Abs. 2 vorgeschriebene Ankündigung erfolgt ist, eine Majorität aber, welche die in Art. 210a geforderten Minimalzahlen erheblich übersteigt, die Errichtung beschließt und nun die Eintragung der Gesellschaft erfolgt — so kann nach der herrschenden Annahme ein nicht erschienener Zeichner die Anfechtungsklage aus Art. 190a erheben, die Eintragung beseitigen und das ganze Unternehmen zu Fall bringen. Zieht man mit Ring (S. 273) und Hergenhahn sogar den weiteren Schluß, daß „eine neue Errichtungsversammlung gar nicht stattfinden darf, weil, wenn die Gesellschaft nicht legal errichtet, sie eben überhaupt nicht errichtet, mithin verworfen ist", so würde hier der Chikane wahrhaft Thür und Thor geöffnet sein. — Andrerseits reicht die Anfechtungsklage des Art. 190a nicht überall aus. Würde die Berufung in Ordnung sein und würden selbst alle erschienenen Aktionäre nach Art. 210a eine Grundbestimmung des Statutes in einer Weise ändern, daß ein Statut einer Aktiengesellschaft nicht mehr vorläge, so könnte die Gesellschaft nicht entstehen, auch wenn ein Monat oder mehrere Monate seit dem Beschlusse verstrichen sind, ohne daß eine Anfechtungsklage erhoben ist.

Es bleibt auch hier vielmehr dabei, handelt es sich um

einen reglementären oder essentiellen Hergang? Kayser fühlt dies heraus und will nach erfolgter Eintragung die Anfechtung nur auf wesentliche Mängel stützen (S. 99). Dann aber bricht er mit dem Prinzip, welches den Art. 222, 190a zu Grunde liegt. Die Anfechtungsklage aus Art. 190a setzt aber überhaupt eine bestehende Aktiengesellschaft voraus. Sie will das Individuum gegen vergewaltigende Aenderungen des bestehenden Rechtszustandes durch die Majorität schützen, sie hat eine konservirende Tendenz. Sie auf den Gründungshergang übertragen, heißt aber ihr eine destruktive Richtung geben. Weshalb man gerade bei der ohnehin komplizirten Successivgründung den Gründungshergang an dieser Stelle so in die Länge ziehen lassen sollte, ist nicht recht einzusehen.

Ist also die Anfechtungsklage ausgeschlossen, so kann es sich nur darum handeln, ob derartige Formverstöße wesentliche Mängel enthalten. Im Allgemeinen ist dies zu verneinen. Die Thatsache formwidriger Berufung oder Leitung der konstituirenden Generalversammlung gehört zu den Ordnungswidrigkeiten, wie sie eben im Gründungsstadium nur zu leicht vorkommen können. Sie kann dazu dienen, einen anderen, materiellen Mangel zu bezeugen. Aus ihr allein einen Schluß auf die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft zu entnehmen, dürfte kaum zu rechtfertigen sein.

Dagegen ist die nicht gehörige Bekundung des Beschlusses der konstituirenden Generalversammlung offenbar ein erheblicher Mangel, wie aus dem hier zur entsprechenden Anwendung gelangenden Art. 238a erhellt. Ein nicht gehörig bekundeter Errichtungsbeschluß wäre ungültig. Fragen ließe sich nun, ob die Ungültigkeit heilbar ist. In dieser Beziehung muß darauf Gewicht gelegt werden, daß eine offenbare Analogie besteht zwischen Beschluß der konstituirenden Generalversammlung und Uebernahme der Aktien nach Art. 209d. Die Gesellschaft ist

in beiden Fällen errichtet, beide stellen den Errichtungsbeschluß dar. Die Wirkung von Formmängeln bei beiden muß also eine gleiche sein, wie ja auch die geforderte Form die gleich starke ist. Die Uebernahme der Aktien aber wiederum ist in ihrem innersten Wesen identisch mit der Zeichnung, sie ist juristisch Zeichnung. Zeichnung und Uebernahme sind Beitritt zum Statute [1]). Die Uebernahme muß zwar in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung (Art. 209, 209d) geschehen, die Zeichnung bedarf nur der Schriftlichkeit (Art. 209e), aber die Form ist nur die leichtere, weil die wirthschaftliche Bedeutung die geringere ist. Das Wesen der Uebernahme und der Zeichnung ist das gleiche. Zeichnung und Uebernahme sind Statusakte, Beitritt zum korporativen Gebilde der Aktiengesellschaft. Aus den Resultaten für die Zeichnung lassen sich also Schlußfolgerungen für die Uebernahme und die damit von den Gründern verbundene Statutsfeststellung, aus diesen wieder für die konstituirende Generalversammlung ziehen.

Für die Zeichnung ist von Art. 209e eine bestimmte Form vorgeschrieben. Verstöße gegen die Form machen den Zeichnungsschein ungültig. Aber es heißt weiter: „Ist ungeachtet eines hiernach ungültigen Zeichnungsscheines die Eintragung des Gesellschaftsvertrages in das Handelsregister erfolgt, so ist der Zeichner, wenn er auf Grund einer dem ersten Absatze entsprechenden Erklärung in der zur Beschlußfassung über die Errichtung der Gesellschaft berufenen Generalversammlung gestimmt oder später als Aktionär Rechte ausgeübt oder Verpflichtungen erfüllt hat, der Gesellschaft wie aus einem gültigen Zeichnungsscheine verpflichtet."

Mit Recht ist von Staub darauf aufmerksam gemacht worden, daß hier ein Prinzip von großer Tragweite aufgestellt

---

1) Vergl. jetzt Reichsger.-E. in Civils. XXXI Nr. 3.

ist. Der Mangel der Form einer Willenserklärung im Gründungsstadium wird geheilt durch die Eintragung, vorausgesetzt, daß die Begriffsmomente der Willenserklärung gegeben waren und das Einverständniß des Erklärenden mit der Konvalescenz durch seine Handlungsweise feststeht. Wenn das Gesetzbuch das Prinzip nicht bis zur mündlichen Erklärung durchführt, sondern immerhin noch einen Zeichnungsschein verlangt, so ist das eine Konzession an die Verhältnisse, mit der man einverstanden sein muß.

Die Anwendung dieses Prinzipes auf die Uebernahme und Statutsfeststellung ist vom Reichsgericht bereits erfolgt (Bd. XXVI S. 73)[1], die Anwendung auf den Errichtungsbeschluß der konstituirenden Generalversammlung ist damit von selbst gegeben.

Für die Formverstöße im Gründungsstadium ergeben sich folgende Sätze:

1) Das Statut muß alle Begriffsmomente der Aktiengesellschaft enthalten. Fehlt es an einem Essentiale, so schafft die Eintragung keine Aktiengesellschaft. Der Art. 209 entscheidet über die Essentialien nicht allein. Verstößt das Statut im Uebrigen gegen eine absolute Vorschrift, so ist die Bestimmung hinfällig, das Statut bleibt gültig.

2) Mängel der Form bei Zeichnung, Uebernahme, Statutsfeststellung, Beschluß der konstituirenden Generalversammlung werden durch die Eintragung geheilt, wenn die Willensakte wenigstens in schriftlicher Form erfolgt sind und die Handelnden mit der Heilung ihr Einverständniß durch Wort oder That gegenüber der Gesellschaft ausdrücken.

3) Alle übrigen Formvorschriften sind reglementärer Natur.

---

1) Schriftlichkeit ist aber auch hier Minimum. Darum erscheint mir die von Behrend S. 790 A. 9 ausgesprochene Ansicht nicht zutreffend.

II. Materielle Mängel.

§ 6.

Das Gebiet der materiellen Mängel ist ein erheblich größeres, da neben speziell handelsrechtlichen Normen die Grundsätze des bürgerlichen Rechts eingreifen. Die Verhütung seitens der Registerbehörde ist troß der Vorschriften des Art. 210 viel schwieriger, als die der formellen Mängel. Die Stellung, welche Theorie und Praxis hier hinsichtlich des Art. 211 einnimmt, ist darum von größerer Bedeutung als bei den formellen Mängeln.

Verfolgt man die vom Reichsoberhandelsgericht entwickelte Auffassung bis in die äußersten Konsequenzen, so ergäbe sich folgendes Resultat: Es kommt einzig darauf an, ob die Eintragung das Bild einer Aktiengesellschaft zeigt. Schein und Wirklichkeit fallen hier zusammen. Es ist gleichgültig, ob der Inhalt des Statutes dem Leben entspricht, ob die Feststellung des Statutes wirklich von handlungs- und verpflichtungsfähigen Personen erfolgte, ob die Fünfzahl gewahrt war, ob der Uebernahme oder Zeichnung ein Fehler (Irrthum, Betrug, Zwang) anhaftete, ob das Grundkapital ganz gezeichnet ist, ob Vorstand und Aufsichtsrath gewählt, der Gründungshergang geprüft, der gesetzliche, bez. statutarische Betrag eingezahlt, die konstituirende Generalversammlung gehalten worden ist. Ohne Unterschied des Mangels entsteht die angebliche Aktiengesellschaft mit der Eintragung. Es kann sich höchstens darum handeln, die entstandene Aktiengesellschaft wieder zu beseitigen. Inwieweit dies zulässig ist, hängt von der Beschaffenheit des vorhergegangenen Mangels ab.

Die Auffassung hat den Vorzug großer Einfachheit. Sie erspart schwierige und in ihren Ergebnissen zweifelhafte Untersuchungen über die Bedeutung der konkreten Mängel. Sie giebt mit einem Schlagwort ein erwünschtes Resultat, zu dem

man von einem anderen Gesichtspunkte nicht oder nur auf langem Wege vordringt. Und sie hat, scheint es, den Vorzug großer Rechtssicherheit für sich.

Aber sie enthält einen Bruch mit den civilistischen Grundsätzen. Sie mißt der Eintragung eine Bedeutung bei, die ihr nur kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift zukommt, während die Materialien auf die entgegengesetzte Auffassung hindeuten. Und dem Vorzuge großer Rechtssicherheit steht doch auch wieder der Nachtheil gegenüber, daß ein doch eigentlich todtgeborenes Wesen als lebend fingirt wird, deshalb nicht bloß seine Verpflichtungen erfüllen muß, sondern auch die Erfüllung von Verpflichtungen fordern darf, die unter der Voraussetzung, daß es lebenskräftig sei, eingegangen waren.

Aber wie man über die Zweckmäßigkeit denken mag — immer bleibt der einzig maßgebende Gesichtspunkt der, ob sie dem geltenden Recht entspricht. Und diese Frage haben wir verneinen müssen.

Wir sind somit gezwungen, in die Erörterung der einzelnen materiellen Mängel einzutreten, sie auf ihre Wesentlichkeit zu untersuchen.

Ganz offenbar sind für das Gründungsstadium Ordnungsvorschriften vorhanden, deren Nichtbeobachtung zwar Haftung der verantwortlichen Personen, aber nicht Ungültigkeit der eingetragenen Gesellschaft nach sich zieht. Der Gründerbericht des Art. 209 g und die Gründungsprüfung des Art. 209 h sind jedenfalls dahin zu rechnen. Dies ergiebt sich schon daraus, daß bei der Simultangründung die Gesellschaft bereits mit der Uebernahme der Aktien, also vor dem Gründerbericht als „errichtet", d. h. nach Innen als in ihrer Wesenheit vorhanden betrachtet wird. Die Eintragung ist ja nur die Verlautbarung der „errichteten" Gesellschaft nach Außen, sie macht das Internum nun auch zum Externum und vollendet damit die

Existenz der Gesellschaft. Derartige Vorschriften, die sich zwischen „Errichtung" und „Eintragung" schieben, sind Ordnungsvorschriften, nicht begriffliche Normen. Ihre Verletzung kann der Entstehung der Aktiengesellschaft nicht Eintrag thun.

Näher treten wir dem eigentlichen Kern des Gebildes bei Betrachtung der Vorschriften über die Organe. Nach der zweiten Novelle sind Vorstand und Aufsichtsrath obligatorische Organe, beide müssen im Gründungsstadium vorhanden sein, haben die Gründungsprüfung und die Anmeldung zum Handelsregister vorzunehmen. Es fragt sich, ob das Fehlen dieser Organe die Entstehung der Gesellschaft hindert. In Wahrheit wird der Fall, daß ein Vorstand im Gründungsstadium überhaupt nicht bestellt wird, nie, der andere, daß die Wahl des Aufsichtsrathes unterbleibt, selten vorkommen. Wohl aber dürfte der Fall eintreten, daß die Bestellung ungültig ist, weil sie den Statuten nicht entspricht oder weil unfähige Personen bestellt werden oder weil ein Irrthum über die Personen obwaltet. Es ist nun klar, daß ein vorübergehender derartiger Zustand auch nach der Eintragung eintreten kann. Ist der Vorstand eine einzelne Person, so kann durch deren Tod die Aktiengesellschaft ihres Vertretungsorganes beraubt werden, Vorstand und Aufsichtsrath können gleichzeitig ihr Amt niederlegen. Bis zur Neuwahl hat die Gesellschaft weder ein Vertretungs- noch ein Kontrolorgan. Ist demnach ein vorübergehendes Bestehen der Gesellschaft ohne Vorstand und Aufsichtsrath denkbar, so ist, da das Statut ja für die Existenz des Vorstandes überhaupt, das Gesetz für die des Aufsichtsrathes überhaupt Sorge trägt, die Entstehung der Gesellschaft auch durch diesen Umstand nicht gehindert [1]), zumal bis zur Eintragung deren Thätigkeit eine interne und bei der Anmeldung zum Handelsregister durch die

1) Vergl. auch Renaud, Kommanditgesellschaft S. 690.

Gründer unterstützte ist. Nur wäre bei Fehlen des Vorstandes eine Vertretung der Gesellschaft nicht vorhanden, sie könnte nach Außen nicht auftreten. Ein ungültig bestellter Vorstand wäre kein Vorstand, hätte keine Vertretungsbefugniß und die Geschäfte, die er Namens der Gesellschaft abschließt, würden diese nicht verpflichten. Es griffen hier einfach die allgemeinen Grundsätze durch.

Auf das innerste Wesen des Entstehungsherganges gelangen wir bei Betrachtung der eigentlichen „Errichtung" der Gesellschaft. Bei der Simultangründung handelt es sich um zwei begrifflich verschiedene, möglicherweise aber zeitlich zusammenfallende Akte: Statutsfeststellung und Uebernahme des Grundkapitals (209, 209 d), bei der Successivgründung um drei begrifflich verschiedene, zeitlich auseinandergehende Stadien: Statutsfeststellung, Zeichnung (inkl. der juristisch dasselbe darstellenden Uebernahme) des Grundkapitals, Beschluß der konstituirenden Generalversammlung.

Hier liegt die schwierigste Seite des ganzen Problems und die ergangenen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe betrafen gerade Mängel der Errichtung. Nehmen wir zunächst gewisse Punkte vorweg, um sodann auf die wichtigsten Fälle überzugehen.

1) Der Art. 209 verlangt mindestens 5 Personen, welche Aktien übernehmen, als Statutsfeststeller. Liegt hier ein wesentliches oder unwesentliches Erforderniß vor? Der Begriff der Statuts*feststellung* an sich würde überhaupt nicht eine Person, welche Mitglied der Gesellschaft ist, nothwendig voraussetzen. Es wäre denkbar, daß ein Außenstehender das Statut feststellte und daß die einzelnen Zeichner durch ihren Beitritt zu dem ihnen vorgeschlagenen Entwurf das Statut zur Vereinsnorm erhöben. In diesem Falle würde der Außenstehende

an dem weiteren Schicksal der Gesellschaft völlig unbetheiligt sein [1]).

Der Art. 209 versteht dagegen unter Statutsfeststellung einen ganz bestimmten Begriff. Für ihn liegt eine Statutsfeststellung nur vor, wenn der Inhalt des Gesellschaftsvertrages durch mindestens fünf Personen, welche Aktien übernehmen, festgestellt ist. Andernfalls ist das Statut nicht festgestellt. Er verlangt also eine Willenseinigung einer Minimalzahl von Personen über den Inhalt des Statutes und zwar eine Willenseinigung in der Form eines Beschlusses, nicht in der Form successiven Beitritts. Die Statutsfeststellung ist also der Urgründungsbeschluß [2]).

Welches ist die ratio dieser Bestimmung?

Daß für eine Korporation eine Dreizahl von Mitgliedern zur Entstehung nöthig sei, war bekanntlich für das gemeine Recht früher verfochten worden. Heute ist man im allgemeinen davon abgekommen. Wie das preußische Berggesetz begnügt sich das Reichsgesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit der Zweizahl. Andrerseits verlangt das Genossenschaftsgesetz die Siebenzahl nicht bloß für die Entstehung, sondern auch für das Bestehen des Gebildes. Sinkt die Zahl unter 7, so hat nach § 78 das Gericht die Auflösung der Genossenschaft auszusprechen. Wo die letzte Auffassung herrscht, ist die geforderte Zahl zweifellos wesentlich. Eine mit einer geringeren Anzahl von Genossen eingetragene Genossenschaft wäre eine Genossenschaft im Rechtssinne nicht [3]). Für die Aktiengesellschaften

1) Bekker, Pandekten I 268 wirft die Frage auf, weshalb nicht auch im Wege der Stiftung eine Aktiengesellschaft errichtet werden könnte? An sich stände nichts entgegen, aber das HGB. denkt darüber anders.

2) Schon Thöl, Handelsrecht § 131 hat diese Bezeichnung, die ich für sehr glücklich halte. Von den Urgründern sind die Sacheinleger zu scheiden. An diese denke ich im weiteren Verlaufe nicht.

3) Dagegen ist die Bestimmung des Entwurfs zum bürgerl. Gesetzbuch zweiter Lesung § 50 nur reglementär.

gilt bekanntlich das Gleiche nicht. Es ist denkbar und zulässig, daß die Zahl der Aktionäre unter fünf sinkt, ohne daß die Gesellschaft zu bestehen aufhört, ja ohne daß sie nur verpflichtet wäre, zur Selbstauflösung zu schreiten. Ja noch mehr, es ist denkbar, daß bereits vor der Eintragung die Rechte eines der 5 Aktienübernehmer auf einen der übrigen Vier übergegangen wären. Wäre die volle Einlage geleistet, so würde der Abtretung der Mitgliedschaftsrechte nichts im Wege stehen, der Möglichkeit von Rechtsnachfolgern im Gründungsstadium gedenkt ja Art. 210a ausdrücklich. Aber diese Abtretung würde sich nur auf die Aktionärrechte beziehen, nicht die Funktion als Gründer umfassen. Gründer würde bleiben, wer auch seine Aktionärrechte rechtswirksam abgetreten hätte [1]).

Die Normirung der Fünfzahl in Art. 209 betrifft die Gründer, nicht die Aktionäre. Freilich wird nur Gründer, wer zugleich Aktionär wird, aber er verliert die Gründerqualität nicht mit der Abstreifung der Aktionärqualität. Ist aber der maßgebende Gesichtspunkt der, daß eine Minimalzahl von Gründern, ein Kollegium von verantwortlichen Personen, auf welche das Gebilde mit Vorzügen und Schwächen zurückzuführen ist, welche in Person oder durch ihre Erben für Rechtswidrigkeiten aufzukommen haben, verlangt wird, so liegt hier ein wesentliches Erforderniß vor, dessen Nichtbeobachtung die nachfolgende Eintragung nicht ersetzt. Wie weit man auch den Begriff der Ordnungsvorschriften fassen mag, wie wohlwollend man der Erhaltung der eingetragenen Gesellschaft gegenüber stehen mag — hier liegt eine Satzung vor, an der sich nichts modeln läßt. Die 5 Statutsfeststeller zählen zu den wesentlichen Organen der Aktiengesellschaft. Nur diejenige Aktiengesellschaft entsteht nach deutschem Reichsrecht gültig,

1) Vergl. Schmidt, Civilrechtl. Gründerverantwortlichkeit S. 10.

welche auf mindestens fünf Gründer d. h. Statutsfeststeller zurückzuführen ist. Der Mangel dieses Erfordernisses läßt sich auch nach der Eintragung nicht nachholen, wie etwa die Bestellung des Aufsichtsrathes. Denn diese Gründer können so wenig nachbestellt werden, als sich etwa der Zeugungsakt bei einem mangelhaft zur Welt gekommenen Wesen nachholen oder ergänzen läßt. Ihre Wirksamkeit hört ja gerade mit der Eintragung im Wesentlichen auf, ihre Verantwortlichkeit umfaßt ja gerade das Stadium vor der Eintragung. Auch im Stadium der Gründung ist die Heilung des Mangels mit rückwirkender Kraft nicht zulässig. Ein von 4 Gründern festgestelltes Statut wäre ungültig, das Hinzutreten des fünften Gründers würde nun erst die Feststellung bewirken, erst von diesem Moment ab würde das Statut festgestellt, nun erst die Errichtung möglich sein, alle voraufgegangenen Akte wären rechtsunwirksam und müßten wiederholt werden.

Voraussetzung der Gründereigenschaft ist die Aktionäreigenschaft. Folglich würde der Umstand, daß von den fünf Statutsfeststellern der Eine Aktien nicht übernimmt, die Statutsfeststellung ungültig machen. Denn es sind nur vier Gründer im Rechtssinne da. Ließe der fünfte sich nachträglich Aktien abtreten, so würde dadurch allein der Mangel nicht geheilt werden, es bedürfte nun einer nachträglichen Feststellung des Statutes durch die fünf Gründer. Der Nichtübernahme von Aktien steht gleich die Unfähigkeit zur Uebernahme von Aktien in Folge mangelnder Verpflichtungsfähigkeit.

Voraussetzung der Gründereigenschaft ist aber nur die Uebernahme *einer* Aktie. Wenn bei tausend übernommenen Aktien nur die Uebernahme einer Aktie eine gültige wäre, so wäre — vorausgesetzt, daß solche Trennung nach Lage des Falls möglich ist — die Eigenschaft als Gründer durch Ungültigkeit der Uebernahme der neunhundertneunundneunzig übrigen

an sich nicht tangirt, die Statutsfeststellung wäre gültig erfolgt. Nur die Frage der von der Aktienübernahme abhängigen Gesellschaftserrichtung würde hiervon betroffen werden.

Sind demnach Mängel der Aktienübernahme nur insoweit für die Gültigkeit der Statutsfeststellung von Bedeutung, als dadurch zugleich die Fünfzahl der Gründer tangirt wird — so ergiebt sich weiter, daß, wenn einer der Gründer seine Betheiligung am Unternehmen mit Erfolg rückgängig macht, für die Rechtsgültigkeit der Statutsfeststellung dieser Umstand irrelevant ist, so lange noch die übrigen Gründer die Fünfzahl erreichen und ihre Mitwirkung eine fehlerlose ist [1]).

Würde von nur fünf Gründern der Eine sich nachträglich darauf berufen, daß ein wesentlicher Irrthum ihn doppelt so viel Aktien übernehmen ließ, als er übernehmen wollte, so würde, wenn ohne jenen wesentlichen Irrthum er auch nur eine Aktie als Gründer übernahm, die Statutsfeststellung eine gültige sein. Er ficht nicht seine Gründerqualität, sondern das Maß seiner Betheiligung als Aktionär an.

Ficht dagegen einer der fünf Gründer seine Gründerqualität an, weil er bei Feststellung des Statuts sich in entschuldbaren, wesentlichem Irrthum oder in einem Krankheitszustande befand, der die Fähigkeit zu klaren Vorstellungen ausschloß, oder gezwungen wurde — so würde, falls nach civilrechtlichen Grundsätzen die Anfechtung begründet wäre, die Nichtexistenz der Statutsfeststellung und damit der Gesellschaft erzielt.

Derartige Fälle sind freilich fast nur von theoretischer, nicht von praktischer Wichtigkeit. Durch das Erforderniß notarieller oder gerichtlicher Verhandlung ist für die Konstatirung der Ernstlichkeit des Willens von vornherein eine Garantie

1) A. A. Behrend S. 717 A. 4, dagegen Schmidt in Wochenschr. für Aktienrecht I S. 454.

geschaffen, an die Statutsfeststellung schließt sich die Eintragung nicht unmittelbar, sondern es bedarf der Prüfung der Gründung durch die gewählten Organe und der Anmeldung, Akte, bei denen die Statutsfeststeller mitzuwirken haben. In der Mitwirkung der Gründer würde ein Verzicht auf die Anfechtung zu erblicken sein, bei Irrthum würde die Frage der Entschuldbarkeit verneinend beantwortet werden und überhaupt, wie Wiener trefflich ausgeführt hat [1]), auf das Willensmoment gegenüber der Erklärung hier nur mit größter Reserve Rücksicht genommen werden müssen. Immerhin ist es denkbar, daß unter den fünf Statutsfeststellern sich eine handlungsunfähige Person befand, die in diesem Zustande verblieb. Die Eintragung würde eine Aktiengesellschaft nicht erzeugen. Inwieweit die Genehmigung des Vaters, Vormunds 2c. nachträglich den Mangel heilt, wäre eine Frage des Civilrechts.

Ist dagegen einer der Statutsfeststeller durch betrügerische Vorspiegelungen veranlaßt worden, die Rolle als Gründer zu übernehmen, so hätte er zwar gegen den Betrüger die actio doli, allein Statutsfeststellung und Aktienübernahme blieben gültig. Dieser Satz, an dem die Praxis mit Recht festgehalten [2]), entspringt aus der durch Renaud, Gierke, Wiener u. A. klargelegten Natur der Gründung und Zeichnung. Die Novelle hat ihn im Art. 209a sanktionirt.

2) Der Art. 209 verlangt, daß fünf Gründer das Statut feststellen. Das Statut, wie es vorliegt, muß das Produkt ihrer Feststellung sein. Fälschungen, Unterschiebungen, Schreibfehler haben dieselbe Wirkung wie sonst im Civilrecht.

3) Zur Errichtung bedarf es ferner der Uebernahme, bez. Zeichnung des Grundkapitals. Welche Folge hat ein Mangel an diesen Erfordernissen?

---

1) Z. f. Handelsr. XXIV 464 ff.; vergl. Reichsger.-E. Civils. IX Nr. 6.
2) Vergl. besonders Reichsger.-E. Civils. XXVIII Nr. 14.

Was den Zeichnungsakt betrifft, so kann das aus den Forschungen von Wiener, Renaud, Gierke, Behrend u. A. ersichtliche Resultat auf die vorliegende Frage einfach zur Anwendung gebracht werden.

Als Rechtsgeschäft setzt der Zeichnungsakt die allgemeinen civilistischen Erfordernisse voraus. Mängel im Willen der handelnden Person würden seine Gültigkeit unter denselben Voraussetzungen beeinflussen, wie sonst im bürgerlichen Recht. Als kreatorischer Akt, der gerichtet ist auf die Erzeugung der Korporation bleibt er bei Bestand, auch wenn er durch dolus veranlaßt worden ist. Die actio doli, die gegen Projektanten, Mitgründer &c. sich richtet, läßt die Existenz der Korporation bestehen, das Nichteintreten von Voraussetzungen, unter denen er vorgenommen wurde, würde die Anfechtung der Aktiengesellschaft als solcher nie rechtfertigen. Wie sich dieser Satz aus Art. 209e ergiebt, so würde der gleiche Artikel auch die Heilung ursprünglicher Mängel im Willen der Zeichner durch nachträgliche bewußte gestio derselben als Aktionäre folgen lassen.

Ist und bleibt jedoch ein Theil der Zeichnungen ungültig, oder ist die Zeichnung des Grundkapitales überhaupt nicht voll erfolgt, so erhebt sich die Frage, ob die Gesellschaft mit der Eintragung trotzdem entsteht. Die Ansichten hierüber sind von jeher auseinander gegangen. Die älteren Autoren (Pöhls, Brinckmann, Jolly) verneinen die Frage unbedingt, Renaud bejaht sie (2. Aufl. S. 295, 296) aus Gründen, die freilich nicht durchschlagend sind. Auch in der neueren Literatur sind die Ansichten getheilt. Diejenigen, welche sich der Judikatur des Reichsoberhandelsgerichts anschließen, sind selbstverständlich für die Bejahung. Ring ist gleichfalls für Bejahung, will aber die Anfechtungsklage aus Art. 190a zulassen, was eine Inkongruenz für Simultan- und Successiv-

gründung in sich birgt, die nicht gerechtfertigt erscheint. Für Verneinung sind Primker, Staub, Petersen und Pechmann. Die Frage läßt sich aus dem Wortlaut der zweiten Novelle heraus befriedigend beantworten. Diese will offenbar die Gesellschaft trotzdem entstehen lassen. Entscheidend ist der Art. 213 a. „Der Gesellschaft sind die Gründer für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben, welche sie rücksichtlich der Zeichnung .... des Grundkapitals ..... behufs Eintragung des Gesellschaftsvertrages in das Handelsregister machen, solidarisch verhaftet; sie haben unbeschadet der Verpflichtung zum Ersatze des sonst etwa entstandenen Schadens insbesondere einen an der Zeichnung des Grundkapitals fehlenden Betrag zu übernehmen."

Diese Bestimmung erklärt sich nur, wenn man die Gesellschaft als entstanden ansieht. Denn in dem Einwand, das Grundkapital sei nicht voll gezeichnet, läge andernfalls ein Leugnen der Existenz der Gesellschaft. Nicht dieser, sondern den Zeichnern wären alsdann die Gründer verhaftet und ihre Pflicht, den fehlenden Betrag zu übernehmen, wäre eine Pflicht, die Gesellschaft jetzt erst zur Errichtung zu bringen und dann die Eintragung aufs Neue zu betreiben. Daß dem nicht so ist, zeigen die Motive unzweideutig (S. 187). Es erfordert „das Interesse der Gesellschaft", heißt es in ihnen, „daß das Fehlende sofort ergänzt werde, und die Gründer, welche die Vollständigkeit versichert und auf diese Versicherung die Eintragung und Entstehung der Gesellschaft herbeigeführt haben, können sich nicht beklagen, wenn sie selbst zur Ergänzung angehalten werden."

Eine Grenze läßt sich in dieser Hinsicht nicht annehmen. In der älteren Theorie war die Ansicht vertreten, daß die Zeichnung eines ausreichenden Betrages, um die Geschäfte zu beginnen, jedenfalls gefordert werden müsse. Aber hierfür läßt

sich weder aus dem Gesetze noch aus der Natur der Sache eine sichere Stütze entnehmen. Wohl aber greift auch hier der Art. 209 ein. Fünf Gründer, die jeder mindestens eine Aktie übernehmen, sind wesentlich. Das Minimum, welches für die Entstehung der Aktiengesellschaft unerläßlich ist, hat der Art. 209 fixirt. Ihn ergänzt der Art. 213 a.

Von hier aus tritt die materielle Bedeutung der Urgründer noch klarer hervor. Sie haben dafür aufzukommen, daß die Vollzeichnung vorliegt. Die Novelle lehnt sich hier augenscheinlich an das Vorbild der englischen Gesetzgebung an. Um den Urkern der Statutsfeststellung durch die Aktionärgründer legen sich die anderen Zeichnungen, aber Fehler, die hier vorliegen, ändern nichts an der Entstehung der Gesellschaft durch die Eintragung, wenn nur jener Urkern vorhanden war.

4) Erscheint die Zeichnung des ganzen Grundkapitals nicht als wesentliche Vorbedingung, so beantwortet sich die Frage, ob die Zahlung des Minimalbetrages wesentliche Vorbedingung sei, ganz von selbst.

5) Auch die Stellungnahme zu der Frage, ob die Unterlassung der Abhaltung der konstituirenden Generalversammlung die Entstehung der Gesellschaft hindert, ergiebt sich darnach von selbst. Die Abhaltung der konstituirenden Generalversammlung kann nicht wesentlich sein, wenn die Vollzeichnung nicht wesentlich ist. Das ist ein nothgedrungener Schluß. Die Gesellschaft wäre dann zwar zunächst nicht „errichtet", aber das wäre sie ja auch im Falle der Simultangründung nicht, wenn an der Uebernahme des Grundkapitals etwas fehlt. Die nachträgliche Eintragung würde sie in beiden Fällen entstehen lassen, wenn nur die Urgründung (Statutsfeststellung) in Ordnung ist. Juristisch ist ja auch, wie Bähr richtig bemerkt hat [1]), die sog. konstituirende Generalversammlung eigent-

1) Zum neuen Aktiengesetz in diesen Jahrb. XXI, 450.

lich eine konfirmirende, da bereits mit der Vollzeichnung die Errichtung gegeben war. Um so weniger kann dieses Resultat befremden.

Für die materiellen Mängel ergiebt sich somit das Resultat, daß für die Entstehung der Aktiengesellschaft außer der Eintragung unerläßliche Vorbedingung nur ist die Feststellung des Statuts durch mindestens fünf Gründer, der Urgründungsakt wie ich ihn nennen will.

Wenden wir dieses Resultat auf die für die formellen Mängel im § 5 gewonnenen Resultate an, so ergiebt sich für jene eine erhebliche Vereinfachung der Sätze. Soweit der Zeichnung, Uebernahme, dem Beschlusse der konstituirenden Generalversammlung wesentliche Formfehler anhaften, sind sie freilich hinfällig. Da aber ihre Hinfälligkeit nur insoweit die Entstehung der Gesellschaft hindert, als dadurch der Urgründungsakt hinfällig wird, so gelangen wir zu dem wichtigen Endresultat unserer Untersuchung: Nur Mängel im Urgründungsakt kommen für die Frage der Entstehung der Aktiengesellschaft als essentielle in Betracht. Der Art. 209 enthält also die sedes materiae. Die Eintragung eines von fünf verpflichtungsfähigen, in Willensfreiheit befindlichen Urgründern festgestellten, die Begriffsmerkmale einer Aktiengesellschaft enthaltenden, formgerechten Statutes erzeugt die Aktiengesellschaft, welche Mängel ihr sonst anhaften mögen[1]).

Der Formmangel des Statutes wird durch die Anmeldung

---

1) Dieses Ergebniß weicht, wie man sieht, praktisch von dem Standpunkt des Reichsoberhandelsgerichts nicht erheblich ab; es ist ein ganz anderes, als das des französischen Gesetzes. Am ehesten entspricht es dem Grundgedanken des englischen Systems.

eines wenigstens schriftlichen Statutes seitens der Urgründer geheilt, ja selbst wenn der Gründer die Anmeldung unterläßt, würde durch dessen gestio als Gründer der Mangel geheilt. Inwieweit Mängel in Willen oder Verpflichtungsfähigkeit der Urgründer heilbar sind, entscheidet sich nach bürgerlichem Recht.

§ 7.

Die Eintragung einer mit einem wesentlichen Mangel behafteten Aktiengesellschaft läßt diese nicht zur Entstehung gelangen[1]). Es ist eine Aktiengesellschaft nicht da, von Aktien und Aktionären ist keine Rede, der Vorstand ist nicht Vorstand einer Aktiengesellschaft, er berechtigt und verpflichtet nicht die Aktiengesellschaft durch seine Handlungen, ein Auftreten im Prozesse ist nicht möglich. Es ist, wie Behrend es ausdrückt, nur nominis tantum sonus einer A.-G. vorhanden.

Art. 211 Abs. 2 enthält die Bestimmung: „Ist vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt worden, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch."

Ueber die Tragweite dieser Bestimmung herrscht bekanntlich Streit. Die Einen erblicken darin eine Anwendung des in Art. 55 statuirten Prinzipes und lassen demgemäß die Haftung fortfallen, wenn der Dritte, ungeachtet er den Mangel der Vollmacht kannte, sich mit dem Handelnden eingelassen hat. Die Anderen sehen darin eine handelspolitische Strafbestimmung, welche das vorzeitige Auftreten nach Außen unterdrücken wollte und messen demgemäß dem Umstande, ob der Dritte Kenntniß habe oder nicht, keine Bedeutung bei. Man könnte den Anhängern dieser zweiten Auffassung den Vordersatz zugeben, ohne

1) Vergl. für die folgende Darstellung Ladenburg in Zeitschr. für Handelsr. XV S. 38—56, dessen Ansichten jedoch vom französischen Recht beeinflußt sind; ferner den von Crüger in Wochenschr. für Aktienrecht III, 183 ff. mitgetheilten Beschluß des Kammergerichts vom 18. Nov. 1898.

die Konsequenz als unbedingt zwingend anzuerkennen. Enthält doch auch Art. 163 eine parallele Bestimmung und mißt dennoch dem Nachweis des Wissens des Dritten Bedeutung bei. Aber es fragt sich, ob überhaupt Art. 211 Abs. 2 auf den vorliegenden Fall Anwendung findet.

Schon Renaud beschäftigte sich mit dieser Frage. Er bemerkt: „Spricht auch das Gesetz nur von Handlungen, die im Namen der nicht eingetragenen Gesellschaft vorgenommen worden sind, so findet dasselbe doch auch auf Geschäfte Anwendung, welche Namens eines Aktienvereins, welcher aus irgend einem anderen wesentlichen Mangel nicht zum rechtlichen Bestande gelangt ist, abgeschlossen wurden“ (S. 393).

Denselben Gedanken wiederholt Ring mit der Wendung „Denn ob eine Aktiengesellschaft nicht eingetragen, oder ob eine Nicht-Aktiengesellschaft eingetragen ist, erscheint rechtlich gleichbedeutend“ (S. 281). Es fragt sich indessen, ob dies rechtlich gleichbedeutend ist. Freilich hatte der preußische Entwurf die persönliche und solidarische Haftung bei Nichtbeobachtung sämmtlicher Förmlichkeiten angedroht, also sie für Fälle angeordnet, wo in der That die Gesellschaft eingetragen war und das Handelsgesetzbuch lautete in seiner ursprünglichen Fassung:

> „Wenn vor erfolgter Genehmigung und Eintragung in das Handelsregister im Namen der Gesellschaft gehandelt worden ist, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch“,

sah demgemäß den Fall einer nicht genehmigten Eintragung als gleichbedeutend an mit dem einer genehmigten, aber nicht eingetragenen A.-G. Aber Genehmigung und Eintragung standen in innerem Zusammenhang. Die Nichteinholung der Genehmigung erschien unter demselben Gesichtspunkt wie die der Unterlassung der Eintragung. Die Anwendung der Strafbestimmung war hier die gleiche, weil der Thatbestand der gleiche

war. Wieweit sich aus dieser Sonderbestimmung Schlüsse für andere Mängel ergaben, war damit noch nicht gesagt.

In der That ergiebt sich bei näherer Betrachtung, daß die ratio, welche jener handelspolitischen Strafbestimmung zu Grunde lag, hier ganz fehlen kann. Träte z. B. ein Mangel in der Handlungsfähigkeit eines der Statutsfeststeller nachträglich zu Tage, so wäre, vorausgesetzt, daß das formgerechte Statut zur Eintragung gebracht ist, nicht einzusehen, weshalb der angebliche gutgläubige Vorstand nicht einem wissendeu Dritten gegenüber Kenntniß des Mangels einwenden sollte. Oder hätte das Statut eine Klausel, welche die unbedingte Haftung aller Aktionäre zum Ausdruck brächte, so wäre nicht einzusehen, weshalb der Vorstand nicht auf diese Klausel, die eine A.-G. gar nicht entstehen lassen wollte, sich berufen und die Kenntniß des Dritten verwerthen sollte. Es wäre dann eben keine A.-G. da, sondern ein anderes Gebilde, und weil sie nicht da wäre, könnte der für Aktiengesellschaften berechnete Art. 211 Abs. 2 gar nicht zur Anwendung gelangen.

Ergiebt sich somit, daß Art. 211 ähnlich wie Art. 163 einen speziellen Fall im Auge hatte, so bleibt nur übrig, aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen heraus die Haftung zunächst des angeblichen Vorstandes zu bestimmen.

Nach Art. 55 in Verbindung mit Art. 298 haftet der falsus procurator bei Handelsgeschäften persönlich nach Handelsrecht. Der Dritte kann ihn nach seiner Wahl auf Schadenersatz oder Erfüllung belangen. Kennt der Dritte den Mangel der Vollmacht und läßt er sich mit ihm ein, so fällt die Haftung fort.

Es erheben sich somit zwei Fragen: ist ein falsus procurator vorhanden und liegt ein Abschluß von Handelsgeschäften vor? Die letztere Frage ist leicht zu beantworten. Es liegt ein Abschluß von Handelsgeschäften vor, da die Aktien-

gesellschaft Kaufmann ist (Art. 5, 208). Nur die Geschäfte aus Art. 275 würden eine Ausnahme machen. Auf sie wären die Grundsätze des bürgerlichen Rechts anzuwenden [1]).

Die Frage, ob ein falsus procurator vorliegt, ist nicht generaliter zu beantworten. Es ist an sich wohl denkbar, daß die Vollmacht des angeblichen Vorstandes sich als andersartige Vollmacht aufrecht erhalten läßt.

Ring's Ansicht, daß unter allen Umständen überhaupt nichts entstanden sei, „weder eine Aktiengesellschaft, weil ihre wesentlichen Merkmale nicht vorliegen, noch ein anderes Rechtsprodukt, weil ein solches von den Vertragschließenden nicht gewollt sei" (S. 280), scheint über das Ziel hinauszuschießen. Dies ist reine quaestio facti. Es kann sich aus dem Inhalt des Statutes ergeben, daß ein anderes Rechtsprodukt gewollt ist. Wie feststeht, daß die offene Handelsgesellschaft nach innen aktiengesellschaftlich organisirt sein kann, so wird mit Recht heute angenommen, daß sämmtliche socii einer offenen H.-G. von der Vertretung ausgeschlossen sein können [2]). Eine Aktiengesellschaft ließe sich möglicherweise nach dem Inhalt des Statutes als eine derartige offene Handelsgesellschaft auffassen, der angebliche Vorstand wäre, wenn er nicht schon Gesellschafter ist, der als solcher in solidum haftet, Handlungsbevollmächtigter oder Prokurist [3]). Denkbar wäre es auch, daß die Gesellschaft in Wahrheit eine Kommanditgesellschaft auf Aktien ist, der bloße Name „Aktiengesellschaft" würde daran nichts ändern, da Art. 17 Abs. 3 nur Ordnungsvorschrift ist. Die angeb-

---

1) Für das gemeine Recht nimmt RGE. VI Nr. 60 die Geltung von Art. 55, 298 ebenfalls an.

2) Behrend S. 509 A. 11, von Gorski, Geschäftsführung und Vertretung der offenen H.-G. S. 154, 155.

3) Vergl. dazu Behrend S. 367 A. 23.

lichen Gründer könnten re vera Komplementare darstellen wollen, die Fünfzahl wäre dann nicht nöthig (Art. 175).

Aber auch aus der sonstigen Sachlage kann die Absicht hervorgehen, daß von Anfang an oder später ein anderes Rechtsgebilde gewollt und daß dieser Wille bethätigt ist. Später: Die 5 Gründer befinden sich zur Zeit der Eintragung im Besitze der sämmtlichen Aktien, sie beschließen, nachdem ihnen der wesentliche Mangel zum Bewußtsein gekommen, in einem besonderen Vertrage das Geschäft trotzdem fortzuführen und den Anschein der Aktiengesellschaft aufrecht zu erhalten. Es wäre der Fall einer offenen H.-G. gegeben, die möglicherweise mit demselben Zeitpunkt in der Form einer Aktiengesellschaft ins Leben träte, mit dem die angebliche Aktiengesellschaft ihre Existenz begonnen hätte. Von Anfang an: So bei Umgründungen in fraudem legis, um in Wahrheit die alte Gesellschaft fortzusetzen. Wäre solche Umgründung wegen wesentlichen Mangels ungültig, so stände nichts im Wege, das Fortbestehen der alten Handelsgesellschaft anzunehmen [1]).

Wo nun in Wahrheit ein anderes Rechtsgebilde vorliegt, würde der als Vorstand einer Aktiengesellschaft Auftretende insoweit, als nach den über das andere Rechtsgebilde maßgebenden Normen er innerhalb seiner Vollmacht gehandelt hat, die Vollmachtgeber berechtigen und verpflichten. Der Irrthum des Dritten über die Beschaffenheit des rechtlichen Gebildes, mit dem er kontrahirt hat, könnte jedenfalls nicht die Vollmachtgeber berechtigen, etwa ihre unbeschränkte Haftung abzulehnen. Denn ganz abgesehen von seinem dolus oder seiner culpa liegt auf der Gegenseite kein Irrthum über die

1) Auch Behrend ist der hier vorgetragenen Ansicht S. 781 A. 10 vermittelnd Staub S. 377.

Person des Gegenkontrahenten, sondern ein solcher über dessen rechtliche Qualität vor. Aber auch der Dritte könnte sich seiner Verpflichtung an sich nicht entziehen, es sei denn daß er nachweist, daß er durch die andersartige Gestaltung der angeblichen Aktiengesellschaft in eine schlechtere Lage versetzt wird.

Insoweit dagegen der als Vorstand einer Aktiengesellschaft Auftretende die Grenzen der ihm nach den wirklich maßgebenden Normen zustehenden Vollmacht überschritten hätte, wäre er **falsus procurator.** Und ganz und gar wäre er dies, wo ein anderes Rechtsgebilde nicht vorliegt.

Insoweit wären dann die Art. 55, 298 und bei Immobiliargeschäften die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes zur Anwendung zu bringen.

Gleichgültig wäre hier auch die **bona** oder **mala fides** des angeblichen Vorstandes. Nur das Wissen des Dritten würde seine Haftung ausschließen. Der Regreß des haftenden Vorstandes gegen die Gründer würde sich nach allgemeinen Grundsätzen richten.

Da eine Aktiengesellschaft nicht da ist, ist auch nicht Vermögen einer Aktiengesellschaft da. Die Waaren und Grundstücke, die Werthpapiere und Geldsummen, die Autor- und Patentrechte sind nicht Waaren, Grundstücke, Gelder, Rechte einer Aktiengesellschaft. Sie sind, wenn in Wahrheit ein anderes Gebilde vorliegt und der Vorstand sie innerhalb seiner Vollmacht für dieses Gebilde erwarb, Waaren, Grundstücke ꝛc. des anderen Gebildes. Liegt kein anderes Gebilde vor, sondern ein Nichts, so wären alle die Rechtsgeschäfte, die auf Uebertragung der Waaren, Grundstücke, Werthpapiere, Gelder, Rechte abzielten, nicht zu Stande gekommen. Die früheren Eigenthümer blieben Eigenthümer, soweit nicht nach sonstigen Grundsätzen das Eigenthum aufgehört hätte. Sie hätten die rei

vindicatio gegen die derzeitigen Inhaber, die condictio gegen die zu Unrecht Bereicherten. Aber sie hätten auch ihrerseits an den falsus procurator zu restituiren, was ihnen als Aequivalent von diesem geleistet war. Und sie hätten (von den Zeichnern abgesehen) Schadensersatzklage gegen den falsus procurator. Wollen sie sich mit dem Erhaltenen begnügen, so ist dies ihre Sache.

Nicht anders stände es mit Forderungen und Schulden. Die Schuldner der angeblichen Aktiengesellschaft könnten das ihnen Geleistete restituiren und Schadensersatz vom falsus procurator verlangen [1]) oder auch bei dem Geschäft beharren, welchenfalls sie an den falsus procurator zu erfüllen hätten. Und ebenso könnten die Gläubiger Wiederherstellung des alten Zustandes und Schadensersatz vom falsus procurator begehren, oder als Schuldner den falsus procurator betrachten und von ihm Erfüllung begehren.

Sehr schwierig ist das Verhältniß der einzelnen Zeichner zu dem Vermögen, das nun da ist, und zu den Gesellschaftsgläubigern zu reguliren.

Ist die Aktiengesellschaft unter einem anderen Gesichtspunkt aufrecht zu erhalten, so würden die hierfür maßgebenden Normen entscheiden, das Statut würde für die Auslegung der internen Abmachungen verwendet werden können. Ist dies nicht der Fall, so läßt sich nach Innen nicht der gleiche, radikale Schnitt machen, wie nach Außen. Immerhin war die Absicht vorhanden, Geldsummen zu einem bestimmten Zweck zusammenzubringen und bis zu einem gewissen Betrage die Chancen günstigen oder ungünstigen Ausganges auf sich zu nehmen, es war ein Vorstand gewählt worden, der die Durchführung dieser Absicht auf sich nahm. Erweist sich die Form,

1) So besonders das Personal, das engagirt ist und andere, sichere Stellen verloren hat.

unter der diese Zusammenbringung figuriren sollte, als nichtig, so bleibt doch die Interessengemeinschaft bestehen. Mit dem Kapital war gewirthschaftet worden, das Publikum hatte auf dieses Kapital hin kreditirt, Dividenden waren vertheilt, Reserve- und Amortisationsfonds angelegt 2c. Nunmehr auch nach Innen dieses Ergebniß rückgängig zu machen, das vorhandene Vermögen in seine Urbestandtheile wieder aufzulösen, jedem eine selbständige Geltendmachung hinsichtlich des von ihm Geleisteten zu gewähren, ihn als Gläubiger den Gläubigern der angeblichen Aktiengesellschaft gleich zu stellen, das würde wider Treu und Glauben verstoßen.

Soviel wäre zunächst klar, daß der angebliche Vorstand mit dem Kapital, das da ist, in erster Linie die Dritten zu befriedigen hätte, die dem Nichts etwas kreditirt haben, weil sie es für eine Aktiengesellschaft hielten. Die Zeichner, die Einzahlungen gemacht hätten, hätten also den gutgläubigen Gläubigern nachzustehen. Insoweit würde Art. 245 zur analogen Anwendung zu kommen haben. Ja noch mehr, der Vorstand könnte auch die Zeichner, die mit den Einzahlungen im Rückstande sind, zur Deckung eines etwaigen Defizits heranziehen. Denn sie haben immerhin durch ihren Beitritt zu der angeblichen Aktiengesellschaft bei dem Publikum die Ueberzeugung von deren Vorhandensein mit erwecken helfen, dafür müssen sie nach moderner Auffassung auch ohne culpa die Folgen tragen. Indem sie ihn ferner zum Vorstand wählten, haben sie ihn in die Lage gebracht, dem Publikum gegenüber die Fehlbeträge zu decken, hierfür haben sie ihm aufzukommen. In diesem Sinne hat auch das französische Recht die Frage geregelt[1]). Nur geht es darin zu weit, daß es sogar dann, wenn die Gläubiger die Nichtigkeit kannten, diese Folge eintreten läßt.

---

1) Lyon-Caën und Renault, Traité II Nr. 781.

Was die Vermögensmassen betrifft, die nach Abwicklung dieser Verhältnisse übrig bleiben, so verblieben sie natürlich nicht dem angeblichen Vorstand. Wenn dieser nach Außen nun als Gegenkontrahent in Anspruch genommen werden kann, so folgt daraus nicht, daß ihm das materielle Ergebniß des Betriebes zu Gute kommt. Ebensowenig wären die Vermögensmassen herrenlos. Vielmehr würde der angebliche Vorstand aus dem übrig bleibenden Vermögen (Reservefonds, Amortisationsfonds 2c.), nachdem den Zeichnern ihre eingezahlten Beträge zurückerstattet wären, nach den Grundsätzen der negotiorum gestio [1]) die Vertheilung an die einzelnen Zeichner pro rata des wirklich Eingezahlten vorzunehmen haben [2]). Eine Haftung der Zeichner für die Schulden der angeblichen Aktiengesellschaft über den Betrag ihrer Zeichnung läßt sich nicht annehmen [3]). Soweit ein anderes Rechtsgebilde vorliegt, würde die Haftung nach den dafür maßgebenden Normen eintreten. Im Uebrigen griffen die allgemeinen Rechtsbehelfe, vor Allem die actio doli, durch. Ein Zeichner, der die Garantie für den Bestand der Aktiengesellschaft übernimmt, würde als Garant haften. In der bloßen Betheiligung als Zeichner liegt solche Garantie nicht. Ueber die Haftung der Gründer gegenüber den Gläubigern entscheidet das bürgerliche Recht.

Die Geltendmachung der Nichtigkeit der Aktiengesellschaft regelt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Sie kann implicite durch eine rei vindicatio oder andre Klage, sie kann einredeweise geltend gemacht werden, auch eine Feststellungsklage

---

1) Vergl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 6. Aufl. § 431 Nr. 1.

2) Nicht pro rata der Aktien, wie bei der Liquidation (Art. 245). Das wäre eine Prämie für zahlungsunfähige Zeichner.

3) Vergl. darüber Ring S. 283, Behrend S. 756.

gegen den Vorstand als falsus procurator wäre zulässig. Wieweit der Aktionär gegen die Gesellschaft selbst eine Nichtigkeitsklage erheben kann, ist bestritten. Während die französische Jurisprudenz sie zuläßt (Lyon-Caën II Nr. 781, 225), dürfte in Deutschland, wenngleich gewichtige Stimmen dafür sind, die Verneinung der Frage nach geltendem Recht vorzuziehen sein [1]). Die Löschung des Eintrags im Handelsregister hätte der falsus procurator herbeizuführen und könnte klageweise dazu gezwungen werden. Für eine Löschung von Amtswegen bietet das geltende Recht keine Handhabe [2]). Wieweit die Registerbehörde haftet, regelt sich nach allgemeinen Grundsätzen.

§ 8.

Die Aktiengesellschaft ist durch die Eintragung entstanden, aber es treten Mängel im Gründungsstadium hervor. Das Grundkapital ist nicht voll gezeichnet, die vorschriftsmäßigen Einzahlungen sind nicht geleistet, ein Aufsichtsrath ist nicht gewählt, die Gründungsprüfung ist nicht oder nicht ordnungsgemäß erfolgt, der Anmeldung sind nicht die richtigen Belege beigefügt, die konstituirende Generalversammlung ist nicht legal abgehalten worden. Berechtigen diese Mängel die Aktionäre, die Wiederbeseitigung der entstandenen Aktiengesellschaft herbeizuführen?

Soviel ist klar, daß nicht wegen jeder noch so geringfügigen Ordnungswidrigkeit die Beseitigung der entstandenen Aktiengesellschaft verlangt werden kann. Das kann nicht die

---

1) So auch Behrend und Staub, während Ring anderer Ansicht ist.

2) Siehe den Beschluß des Kammergerichts in Wochenschr. für Aktienrecht III 137.

Absicht des Gesetzes gewesen sein. Es muß sich vielmehr um einen Mangel handeln, der derart im Organismus der entstandenen Aktiengesellschaft sich fühlbar macht, daß die Erreichung des Zweckes, den sie anstrebt, nicht möglich ist. Der Mangel muß auch in diesem Sinne ein wesentlicher sein.

Wenn beispielsweise sich nachträglich herausstellt, daß eine einzelne Zeichnung nicht rechtsverbindlich erfolgte, so kann keine Rede davon sein, daß die Wiederbeseitigung der entstandenen A.-G. auf diesen einzelnen Fehler hin verlangt werden könnte. Wäre dagegen ein derartig erheblicher Bruchtheil des Grundkapitals nicht gezeichnet, daß die Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes mit dem thatsächlich gezeichneten Betrage nicht mehr erreichbar wäre, so ließe sich von einem wesentlichen Mangel reden. Wenn aus Zerstreutheit eine der in Art. 210 geforderten Urkunden der Anmeldung nicht beigefügt wird, so wird Niemand daraufhin die entstandene A.-G. beseitigen lassen wollen, während wenn in der konstituirenden Generalversammlung die erforderliche Majorität für den Errichtungsbeschluß thatsächlich nicht vorhanden war, ein wesentlicher Mangel angenommen werden müßte. Der Umstand, daß eine Zeit lang die Gesellschaft ohne Aufsichtsrath war, wäre an sich kein wesentlicher Mangel, wohl aber der andere, daß überhaupt ein Aufsichtsrath nicht bestellt werden kann, weil Niemand sich dazu wählen lassen will.

Hier fragt sich nun, ist überhaupt dem Einzelaktionär eine Klage gegeben und welcher Art ist diese?

Nur wenige Autoren sprechen sich über die Frage aus. Wiener[1]) gewährte freilich dem Einzelaktionär bei derartigen substantiellen Mängeln das Recht, die Wiederbeseitigung der Eintragung durch eine Klage auf Ungültigkeitserklärung der

1) Siehe auch v. Hahn, oben S. 394, 395.

Gesellschaft gegen diese selbst mit der Wirkung geltend zu machen, daß demnächst entsprechend den Vorschriften über Auflösung und Liquidation zu verfahren ist (Z. f. H.-R. XXIV 488, 489), aber diese Ansicht bezog sich auf den Rechtszustand vor der zweiten Aktiennovelle und es würde sich fragen, ob sie dem heutigen Gesetze noch entspricht. Bereits damals war aber auch die gegentheilige Meinung, z. B. von Renaud (Recht der Aktieng. S. 296) vertreten.

Was das heutige Recht betrifft, so gewährt bei Gesetzesverletzungen der hier interessirenden Art Ring dem Einzelaktionär die beschränkte Anfechtungsklage des Art. 190a. Seinen Ausgangspunkt bildet, daß diese auf die konstituirende Generalversammlung in gleicher Weise wie auf jede andere Generalversammlung anzuwenden ist, und zwar sich hier auf jeden gesetzwidrigen Vorgang im Gründungsstadium stützen kann (S. 281, 273). Nicht klar erhellt, ob Ring nur für den Fall der Successiv- oder auch für den der Simultangründung jene Anfechtungsklage gewähren will. Leugnet er die Anwendbarkeit für die Simultangründung, so wäre damit der größte Theil der Gründungen ausgenommen, bejaht er sie auch für diese, so würde bei der Frist von einem Monat von der hier in Betracht kommenden Errichtung ab die Klage keine praktische Bedeutung haben. Aber wir haben ohnehin schon die Anwendbarkeit der Klage auf das Stadium der Gründung bestritten.

Behrend spricht sich über die Frage nicht direkt aus, aber seine Ausführungen scheinen darauf hinauszulaufen, daß der Einzelaktionär eine solche Klage nicht habe. Und dies dürfte dem Standpunkte des Gesetzes auch entsprechen. Ebensowohl nämlich wie während des Stadiums der Gründung ist während des Bestandes der Gesellschaft die Möglichkeit eines rechtswidrigen Vorganges gegeben, der die Erreichung des ge-

sellschaftlichen Zweckes für die Zukunft unmöglich macht. Das Gesetz kennt für derartige Fälle nur in der Anfechtungsklage des Art. 190a das Mittel, welches der Einzelaktionär anwenden kann, um die Remedur herbeizuführen. Weitere Rechtsbehelfe existiren nicht, wie Ring richtig ausführt (S. 457 ff., 658 ff.). Wohl aber hat das Gesetz mittelbar durch Bestimmungen, wie die der Art. 222a, 223, 237, 244 den Einzelaktionären, vorausgesetzt, daß sie in erheblichem Maße mit ihrem Vermögen bei der Gesellschaft betheiligt sind, die Möglichkeit gewährt, theils direkt gerichtliche Klage zu veranlassen, theils wenigstens Klarstellung des Mangels zu bewirken und dadurch mittelbar den Auflösungsbeschluß der Generalversammlung zu erzielen. Bei rechtswidrigem Beschlusse der Generalversammlung würde ergänzend das Anfechtungsrecht aus Art. 190a eingreifen.

Damit ist diese Frage einfach gelöst. Die korporative Gestaltung der Aktiengesellschaft ergreift den Aktionär mit der formalen Entstehung des auch mangelhaft gegründeten Gebildes. Er gehört diesem Lebewesen an und kann dessen Beseitigung nur mit den Mitteln erzielen, welche korporativer Natur sind[1]). Ergänzend greifen die Bestimmungen über die Haftung der Gründer gegenüber der Gesellschaft ein, insbesondere der Art. 213a. Die Gläubiger wären mittelbar dadurch sichergestellt. Die Auflösung der Aktiengesellschaft würde sich nach allgemeinen Grundsätzen des Aktienrechts vollziehen.

§ 9.

Ist der jetzige Stand der Gesetzgebung auf diesem Gebiete ein befriedigender? Die Frage ist nicht unbedingt zu bejahen.

---

1) Von hier aus tritt die Bedeutung der Nichtigkeit noch stärker hervor. Bei ihr lehnt der Zeichner die Schranken des Sozialrechts ab, hier muß er sich diesen einfügen.

In mehrfachen Punkten dürfte eine Abänderung empfehlenswerth sein.

Einmal erscheint es nothwendig, die in Art. 209 als Essentialia des Gesellschaftsvertrages aufgestellten Punkte zu vereinfachen. Die Nummern 6 und 7, deren Wesentlichkeit heute schon zweifelhaft ist, wären ganz zu streichen und die Nummer 4 wäre dahin zu ändern, daß ein Typus von Aktien als der gesetzliche, die übrigen als statutarisch zulässige angesehen würden. Dann würde in Art. 209 die Nr. 4 fortfallen und dafür wäre in Art. 209a eine neue Nummer einzurücken.

Auf der anderen Seite ist die Gründerverantwortlichkeit gegenüber den Gläubigern eine nicht ausreichende[1]). Im Falle der Liquidationsauflösung bez. des Konkurses sind diese ja durch den Art. 213a mittelbar gedeckt (Cosack S. 633), dagegen im Falle der Nullität besteht eine besondere Gründerverantwortlichkeit dem Publikum gegenüber überhaupt nicht und der Art. 213a ist hier nicht anwendbar. Die Vorschriften des gemeinen Rechts sind auf diesem Gebiete aber ganz unzureichend. Das französische Recht hat eine Gründerverantwortlichkeit gegenüber den Gläubigern denn auch statuirt. Und zwar wäre, da es sich um Vorgänge handelt, deren Außerachtlassung mindestens auf culpa schließen läßt, generell zu bestimmen, daß die Gründer für den durch die Nichtigkeit der Gesellschaft den Gesellschaftsgläubigern entstehenden Schaden einzustehen hätten, es sei denn, daß das die Nichtigkeit begründende Versehen der Registerbehörde allein zuzuschreiben ist. Auch wenn man auf dem vom Reichsoberhandelsgericht vertretenen Standpunkt steht, wäre eine solche Vorschrift Bedürfniß, da Fälle der Nichtigkeit

1) Vergl. schon in dieser Hinsicht Wiener, Der Aktiengesetzentwurf 1884 S. 125, dem sich Goldschmidt in Zeitschr. f. H.-R. XXX, 303 anschließt.

der Gesellschaft auch hier vorkommen können. Noch mehr erscheint sie von unserem Standpunkte aus geboten, der das Auftreten von Nichtigkeiten häufiger macht.

Dagegen dürfte eine Forderung, daß die Zahl der Gründer zu reduziren sei, nicht ohne Weiteres, zu billigen sein. Die Möglichkeit des Vorkommens von Nullitäten wäre freilich dadurch erschwert, aber die Zahl der verantwortlichen Personen reduzirt. Und die Grenze dürfte, solange man nicht bis auf Einen zurückgeht, immer eine willkürliche sein. Begnügt man sich aber mit einem Gründer [1]), so wäre in Wahrheit von Anfang von ein Gebilde denkbar, welches als Einzelkaufmann mit beschränkter Haftung erschiene, ein einzelner Kommanditist, dessen Vorstand ein Prokurist und dessen Aufsichtsrath ein leeres Selbstkontrolorgan wäre. Sind derartige Zustände während der Gesellschaft denkbar, so stehen doch immer die 5 Gründer als die verantwortlichen Personen im Hintergrunde. Die Gesellschaft tritt wenigstens als korporative Gestaltung ins Leben.

Eher läßt sich eine vermittelnde Meinung, es bei der Fünfzahl zu belassen, jedoch bei Zuwiderhandeln gegen diese Vorschrift die Gesellschaft entstehen zu lassen, aufrechterhalten. Jedoch erhebt sich auch hier die Frage, wo Halt zu machen ist und die Gefahr, daß dann die Fünfzahl überhaupt nicht innegehalten wird, liegt zu nahe.

Umgekehrt aber erscheint es empfehlenswerth, jedem Aktionär eine Nichtigkeitsklage gegen die Gesellschaft zu gewähren, um die schnelle und radikale Beseitigung eines faulen Zustandes herbeizuführen, andererseits aber auch, falls der Mangel nachträglich vor Anstellung der Klage beseitigt wird, die Heilung der Nichtigkeit eintreten zu lassen [2]). Diesen letzten Schritt hat

1) So Cosack S. 559.

2) Ansätze in der Literatur dazu schon jetzt: Behrend S. 790 A. 9, Cosack S. 559. Allgemein Ladenburg a. a. O. S. 55.

die französische Aktiennovelle von 1893 gethan. Wieweit solcher Heilung eine rückwirkende Kraft beizumessen wäre, das läßt sich generaliter kaum entscheiden. Auch wäre bei Eintragungen, welche die Begriffsmomente einer Aktiengesellschaft gar nicht enthalten, die Löschung von Amtswegen zuzulassen.

Endlich dürfte es sich empfehlen, einen Satz des Inhaltes aufzustellen, daß im Falle der Nichtigkeit der Gesellschaft hinsichtlich des Verhältnisses der Zeichner zu den gutgläubigen Gläubigern die Grundsätze von der Liquidation zur Anwendung zu bringen sind.

VII.

Zur Lehre von der Vertheilung der Dotalfrüchte nach Auflösung der Ehe.

Eine Entgegnung auf die Abhandlung von Professor Lotmar oben S. 225—298.

Von Leo v. Petrażycki.

Bei der Uebersicht der Literatur über die Theilung der Dotalfrüchte in meiner Schrift: „Die Fruchtvertheilung" habe ich eine Unterlassung begangen, ich habe nämlich die von Prof. Lotmar in den Anm. zu Brinz (Pand. III § 484 Anm. 35) vorgeschlagene Erklärung der l. 7 § 1 s. m. übersehen. Darauf hat mich die neuerdings (in diesen Jahrbüchern oben S. 225—298) erschienene Abhandlung von Lotmar, welche eine eingehende Vertheidigung seiner und eine heftige, fast leidenschaftliche Polemik gegen meine Theorie bringt, auf eine sehr wirksame Weise aufmerksam gemacht. Die Nichtberücksichtigung dieser Theorie in meiner Abhandlung über die Dotalfrüchte geschah zufällig, nicht aber aus Mißachtung, und ich benutze gern den Anlaß, um das Versäumte nachzuholen. Lotmar will die Entscheidung von Papinian: vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur — nicht, wie ich, im einfachen und buchstäblichen Sinne dahin

verstehen, daß dem Manne ein Drittel von der genannten Geldsumme verbleibt, sondern vielmehr dahin, daß von der ganzen Summe (vindemiae fructus et quarta portio mercedis) dem Manne soviel verbleibt, daß er den ihm gebührenden dritten Theil „eines Jahresertrages" erhalte. „Jener Jahresertrag ergiebt sich hier leicht, indem man von den Einnahmen des Mannes ($\frac{5}{4}$) ein Fünftel in Abzug bringt" (oben S. 260). Diese Theorie hat der Verfasser selbst in der Bemerkung zur Erklärung der l. 7 § 1 von Brinz auf folgende treffende Weise charakterisirt: „Als jenen anderen Betrag, der den Dividenden für die Drittelung abgiebt, durfte der Jurist stillschweigend einen Jahresertrag voraussetzen. Daß er aber weder nur den Weinlesebetrag, noch nur den Jahrespachtzins, noch auch das Mittel aus diesen beiden sich als Dividenden dachte, ist daraus zu schließen, daß er confusio von vindemiae fructus und quarta portio mercedis instantis anni vorschrieb. Denn dies scheint darauf zu deuten, daß der zu dividirende Jahresertrag durch Reduktion jener beiden Einnahmen (von $\frac{5}{4}$ Jahren) auf die eines Jahres ermittelt werden soll. Von diesem Verfahren ist eher die Billigkeit, als die Nothwendigkeit einzusehen, und wahrscheinlich ist auch keine solche, wenigstens keine rechnerische, mit debebunt gemeint." Darin ist dem Verfasser vollkommen zuzustimmen. Wenn Papinian die ihm von Lotmar zugeschriebene Entscheidung wirklich aussprechen wollte, so kann diese weder vom Standpunkt der Rechtsgrundsätze noch vom rechnerischen Standpunkt begründet und gerechtfertigt werden. Warum soll bei der Berechnung des „Jahresertrages" gerade der Pachtzins für 3 Monate in Betracht gezogen werden? Dies scheint reine Willkür zu sein. Noch eine größere Prinziplosigkeit, ja geradezu grobe Unwissenheit ist Papinian zum Vorwurf zu machen, wenn er die Bruchtheile verschiedener Größen, $\frac{4}{5}$ des Ertrages des ersten Fruchtjahres

(vindemiae fructus) und $\frac{1}{4}$ des Ertrages der zweiten Fruchtperiode in der Meinung addirt, daß dadurch $\frac{2}{4}$ gebildet werden. Daß dies eine unzulässige rechnerische Operation ist, leuchtet ein, und dies hat der Verfasser in der erwähnten Anmerkung zu Brinz gewiß gemeint, indem er im Verfahren Papinians keine „rechnerische Nothwendigkeit" erblickt hat. Ich lasse dahingestellt, ob Papinian so wenig rechnerischen Takt gehabt, daß er durch die Addition von $\frac{1}{4}$ und $\frac{1}{4}$ verschiedener Größen $\frac{2}{4}$ gebildet hat. Jedenfalls erscheint mir des Verfassers Annahme, daß Papinian nach seinem Billigkeitsinstinkte, nicht aber nach den Rechtsgrundsätzen entschieden hat, wenig wahrscheinlich, und zwar aus dem Grunde, weil Papinian selbst seine Entscheidung für eine Illustration der allgemeinen Rechtsregel: fructus dividi non ex die locationis etc. ausgiebt. Warum sollte Papinian eine Unwahrheit behaupten und sich selbst wenige Zeilen später widersprechen. Im Allgemeinen gingen wir in der Geringschätzung der geistigen Fähigkeiten von Papinian zu weit, wenn wir ihm die obige von ihm selbst nicht ausgesprochene (sondern, wie Lotmar selbst meint), nur stillschweigend vorausgesetzte Entscheidung imputirten. Es wäre auch sonderbar, wenn Papinian, welcher durch einleuchtende Beispiele den Gegensatz seiner Methode zu der von ihm bekämpften veranschaulichen wollte, das Ergebniß seiner Methode nicht klar und ausdrücklich ausgesprochen, sondern nur stillschweigend vorausgesetzt hätte. — Während der Verfasser früher in der Anm. zu Brinz die von ihm Papinian zugeschriebene Meinung nicht als prinzipmäßig und konsequent betrachtet hat, scheint er jetzt anderer Ansicht geworden zu sein und seine Solidarität mit dieser Meinung durch seine neue Abhandlung erklärt zu haben. Ob dies zutrifft, ist wohl übrigens nicht ganz sicher, denn es ist an sich unwahrscheinlich, daß der Verfasser seine „rechnerischen" Grundsätze, d. h. die Ansichten über

die elementaren Regeln der Arithmetik in so kurzer Zeit, und zwar nicht zum Besseren, geändert haben sollte. Jedenfalls zieht er eine Anzahl von Quellenstellen heran, um aus diesen eine Bestätigung seiner Theorie herauszulesen (S. 240 fg.). Dieses Verfahren bezeugt nur die feste Entschlossenheit des Verfassers, das Ziel zu erreichen, obgleich die Mittel dazu nicht vorhanden sind. Uebrigens, wenn jene Stellen das enthielten, was der Verfasser darin zu finden glaubt, d. h. den Beweis, daß beim Zusammentreffen der zwei Fruchtperioden im letzten Dotaljahre die Früchte der zweiten Periode nicht in Betracht kommen und daß das Ergebniß der ersten Periode als Jahresertrag ausschließlich getheilt werde, so wären jene Stellen weit entfernt davon, seine Theorie zu bestätigen; im Gegentheil, sie würden dann seine Theorie direkt und klar widerlegen; denn sie würden besagen: es ist unzulässig, dem Manne beim Thatbestande der l. 7 § 1 einen Antheil an der quarta portio mercedis zu gewähren; nur die vindemiae fructus können in Betracht kommen. Sonderbarerweise hat der Verfasser diesen Widerspruch nicht bemerkt. Sonst würde er gewiß jene Stellen, welche in Wirklichkeit ebensowenig für wie gegen seine Theorie sprechen, weil sie ganz andere Fragen [1]) behandeln, nicht umzudeuten versuchen.

Auch auf die Kritik meiner Erklärung der papinianischen Stelle bin ich gern bereit, im Folgenden eine kurze, aber, wie mir scheint, genügende Antwort zu ertheilen; dies um so mehr, als die Abhandlung von Lotmar einen eigenthümlichen Schein

1) l. 7 pr. D. 24, 3 spricht den Satz aus, daß nicht das Brutto- sondern das Nettoeinkommen den Gegenstand der Theilung bildet. Ueber die l. 7 § 3 D. cod. vergl. „Fruchtvertheilung" S. 49 fg. Die l. 7 §§ 6, 7, 8 cod. spricht den Satz aus, daß anstatt des Dotaljahres das Dotalsemester, das Dotalquinquennium rc. in Betracht kommen können (vergl. Fruchtverth. S. 9, 70 fg.).

erweckt. Die verhältnißmäßig zahlreichen Aeußerungen angesehener Juristen über meine Schrift über die Fruchtvertheilung stimmen mitunter in besonders freundlichen und warmen Ausdrücken darin überein, daß das Räthsel der Vertheilung der Totalfrüchte darin auf eine einfache und einleuchtende Weise gelöst ist. Wer aber die, wie ich gern anerkenne, sehr geschickte Polemik von Lotmar mit der natürlichen Meinung liest, daß dort der Sachverhalt getreu angegeben ist, kommt zu der Ansicht, daß die Freunde meiner Theorie eine auffallende Unfähigkeit zum krititischen Urtheilen bezeugt haben, indem sie ihre wissenschaftliche Freude aus Anlaß einer Sammlung von absurden, kindlichen Versehen, klaren Widersprüchen 2c. geäußert haben. Einen Theil seiner Polemik, welchen ich als Scheinpolemik bezeichnen möchte (z. B. über den Begriff der divisio fructuum, über die Bedeutung der Entscheidung von Papinian, als einer Illustration zur Lösung einer wissenschaftlichen quaestio im Gegensatz zu einem praktischen Gutachten über einen wirklichen Rechtsfall, über den in diesem Sinne bestehenden Zusammenhang des § 1 der l. 7 mit dem § 2 und dgl.) lasse ich bei Seite; in Wahrheit acceptirt der Verfasser selbst die Ergebnisse meiner Untersuchung in diesen Fragen; die Polemik erweckt hier nur den Schein, als ob das Richtige gegen meine Behauptungen vertheidigt werden müßte. Das richtige Urtheil über die Bedeutung dieser Theile der Polemik ergiebt sich von selbst, wenn man die verschiedenen Stellen der Abhandlung von Lotmar mit einander aufmerksam vergleicht. Viel gefährlicher sind andere Vorwürfe, welche auf der den Thatsachen nicht entsprechenden Wiedergabe der von mir vertretenen Sätze beruhen.

a) Am effektvollsten wirkt folgende kurze, aber inhaltchwere Bemerkung (S. 298): „Daß seine Auslegung zu „unzuträglichen Resultaten" führe, hat Petrażycki S. 53 selber

zugestanden. Das obige ist unerträglich, weil es absurd ist." Dies ist eine auffallende Entstellung. Ich habe das erwähnte Zugeständniß niemals gemacht. Auf der vom Verfasser citirten Seite 53 meiner Schrift ist vielmehr davon die Rede, daß die Entscheidung von Papinian und meine Erklärung derselben praktisch unzuträglich erscheinen, wenn man von der von mir bekämpften üblichen Auffassung über den Zweck der Fruchttheilung ausgeht. Meine wirkliche Meinung über die „Unzuträglichkeit" der Theilung der 2 messes erhellt für jeden Unbefangenen schon auf der Seite 53; auch die Beachtung der Ueberschrift des § 15 würde dazu genügen (um so viel mehr das Lesen der folgenden Seiten der Abhandlung). Aber auch dann, wenn ich in Wirklichkeit das mir zugeschriebene Zugeständniß auf der Seite 53 gemacht hätte, müßte ich in der gerügten Bemerkung des Verfassers eine auffallende Verschiebung der Thatsachen darum erblicken, weil Lotmar durch seine Citate meine Ausführung, welche sich auf den § 1 der l. 7 bezieht, auf den § 2 überträgt. Wie diese willkürliche Aenderung des wahren Thatbestandes für meine Theorie (dem auf diese Weise erzeugten Anschein nach) kompromittirend ist, ersieht man aus den S. 297 und 298 der Lotmar'schen Abhandlung.

b) Die Polemik des Abs. IV insbesondere der S. 285 und fg. beruht ebenso auf eigenthümlicher Wiedergabe des Thatbestandes. Damach behaupte ich, wenn man dem Verfasser glauben soll, daß Papinian im § 2 die Berücksichtigung der Früchte von zwei Fruchtperioden vertheidigt. Dem Verfasser ist aber nicht zu glauben, denn ich habe dies niemals behauptet. Welchen Satz Papinian nach meiner Erklärung im § 2 vertheidigt, kann man sehr leicht und klar aus meiner Erklärung selbst ersehen. Desgleichen ist es nur eine Irreführung der Leser, wenn der Verfasser auf der Seite 288 in

fine und 289 mich behaupten läßt, daß in den beiden §§ 1, 2 der l. 7 Papinian gegen unrichtige Theorien über das Objekt der Theilung kämpft. Das Eigenthümlichste dabei ist, daß der Verfasser von der von mir vertretenen Erklärung des von Papinian verfolgten Zweckes selbst bei seiner Interpretation (S. 252 fg.) ausgeht, ohne unserer Uebereinstimmung in dieser Hinsicht zu erwähnen, und gegen mich nachher so polemisirt, als ob er diese Erklärung gegen meine absurde Behauptungen zu vertheidigen hätte.

c) Aehnlich schreibt mir Lotmar (S. 256 Anm. 28) den auffallenden Widerspruch zu, daß ich zunächst der „kindlichen" Annahme huldige, daß der Mann in der l. 7 § 1 auch einen Theil der **quarta portio mercedis** bekommt, nachher diese „monströse Rechnung" zu verlassen suche und dann diesen Versuch wieder verleugne. Dies trifft aber nicht zu. Jedem unbefangenen Leser meiner Erklärung müßte vielmehr klar sein, daß ich überall dem Manne den Antheil an der **quarta portio mercedis** gewähre. Wenn ich für möglich halte, daß Papinian ausschließlich an **vindemiae fructus**, welche ihn in der l. 7 § 1 hauptsächlich interessiren, in seiner Entscheidung denkt, und daß die **quarta portio mercedis** nur als ein unwichtiges Beiwerk dabei figurirt, so bedeutet dies doch nicht, daß ich die **quarta portio mercedis** ungetheilt lassen oder Papinian eine solche Absicht zuschreiben möchte. Ob Papinian **ea pecunia** auf die **vindemiae fructus** oder auf die ganze Summe bezieht, ist für meine Theilungsmethode und Erklärung der Stelle gleichgültig, was ich auch in der vom Verfasser citirten Bemerkung ausdrücklich hervorhebe.

Als wenig ansprechend betrachte ich auch die polemische Taktik der Zusammenstellung verschiedener dem Wortlaut nach ähnlicher, dem Sinne nach auseinandergehender Aeußerungen von mir zum Zweck des Nachweises von Widersprüchen in

meiner Theorie. So z. B. habe ich von Papinian einerseits gesagt, daß er in der l. 7 eine vollständige Widerlegung der unrichtigen Theilungsmethode (dividi non ex die locationis) und ein vollständiges Bild der Anwendung der richtigen Methode (habita ratione praecedentis temporis . . .) gewährt; an anderem Orte habe ich gesagt, daß Papinian kein vollständiges Gutachten im praktischen Sinne bezweckt, indem er die für seine These unwichtigen Berechnungen nicht unternimmt. Lotmar erwähnt nun die Thatsache nicht, daß ich von der Vollständigkeit und Unvollständigkeit in den beiden Fällen in ganz verschiedenen Hinsichten spreche, reißt einige Worte aus dem Zusammenhange heraus und konstatirt, daß ich mir selbst widerspreche (S. 288, 289). Dieselbe polemische Methode kehrt auf der S. 254 Anm. 26 und in anderen Fällen wieder. Ich glaube gern, daß Lotmar in allen solchen Fällen bona fide gehandelt hat und daß die gekennzeichneten Eigenthümlichkeiten seiner Polemik zu keinen Schlüssen ernsterer Art zu benutzen sind, daß sie sich vielmehr durch die übermäßige Erregung erklären lassen, welche aus der ganzen Polemik hervorblickt, und welche eine unbefangene Betrachtung dem Verfasser unmöglich gemacht hätte. Durch diese Erregung wurde der Verfasser gewiß auch zu seinen philologischen Vorwürfen gegen mich verleitet. Bei ruhigem Gemüthszustand würde er kaum behaupten, daß das griechische Wort „σύν“ (αὐτοῖς) nicht „mit“, „zugleich mit“, „sammt“, „nebst“ (wie ich dasselbe verstehe), sondern „in“ bedeute (S. 295, 296), oder daß die Worte: „ut ex ea pecunia tertia portio apud virum relinquatur“ nicht den Sinn haben können, daß $\frac{1}{3}$ von der genannten Summe dem Manne verbleibt (S. 257—261), welcher Sinn auch dann dem Wortlaut entspräche, wenn die Worte ex ea pecunia nicht den Dividenden, sondern (wie der Verfasser gegen den Sinn der ganzen Stelle behauptet) den

Minuenden bezeichnen würden; auch würde er nicht besonders hervorheben, daß ich in einem Falle das Wort „aber" unrichtig, nämlich anstatt „sondern" („nach dem vorausgehenden Negativsatz") gebraucht habe; denn die ruhige Ueberlegung würde ihm gewiß die Unangebrachtheit derartiger Vorwürfe in einer wissenschaftlichen Polemik klar machen müssen.

Uebrigens ist anzuerkennen, daß nicht alle gegen mich vom Verfasser gerichteten Vorwürfe an sich bedeutungslos oder vom Standpunkt der anerkannten Regeln der wissenschaftlichen Polemik zurückzuweisen sind. Einige von ihnen beruhen im Gegentheil auf der richtigen Wiedergabe des Thatbestandes und wären (ihre logische Richtigkeit vorausgesetzt) geeignet, meine Theorie zu erschüttern, ja geradezu zu zerstören:

a) Für meine Erklärung der l. 7 § 3 s. m. wäre folgender Einwand gefährlich: „Ferner ist nicht einzusehen, wieso „bei Theilung ex die locationis mit der Ernte der verpachteten Messes das Jahr enden würde" (Worte aus meiner Abhandlung), da doch nur das Dotaljahr gemeint sein kann, dessen Ende stets 365 Tage nach seinem Anfang kommt" (S. 245 Anm.). Der Verfasser ist in diesem Falle seines Triumphes über mich so sicher, daß er mich ironisch belehrt, wie viel Tage das Jahr hat. Dabei vergißt er aber sonderbarerweise, daß er an die „Theilung ex die locationis", d. h. nicht nach Dotal-, sondern nach Pachtjahren zu denken hat; er bemerkt nicht, daß meine von ihm ironisirte Bemerkung schon durch die von ihm abgeschriebenen Worte ihre Richtigkeit darthut.

b) Für meine Erklärung der l. 7 § 2 eod. wäre folgender Einwand (S. 297 fg.) gefährlich: „Da aber nach derselben Theorie" (d. h. nach meiner Theorie) „der Mann von dem $\frac{1}{12}$, das auf die Pacht seines letzten Ehe-Monats (März) trifft, nur $\frac{5}{12}$ retiniren darf und $\frac{7}{12}$ der Frau abtreten muß zur Befriedigung ihres gegen ihn gerichteten Anspruchs, so gelangen

wir zum Resultat, daß dem Manne für seine fünfmonatige Dotalzeit nicht einmal fünf volle Monatsraten des Jahrespachtzinses beschieden sind, da er von einer $\frac{7}{12}$ an die Frau abgeben muß. Gewiß ein wenig plausibles Ergebniß. Setzen wir nun weiter den Fall, daß die in die Dotalzeit und Ehe fallende Pacht nicht einen Monat betragen habe wie im § 2 der l. 7, sondern zwei, drei oder vier Monate, während wir alle anderen Daten, auch die fünfmonatige Dotalzeit beibehalten, so hat der Mann nach wie vor $\frac{5}{12}$ der merces quae debebitur anzusprechen (für die fünf Dotalmonate) und es bleiben der Frau die restirenden $\frac{7}{12}$. Aber es hat dann auch, nach der neuen „Theilungsmethode" die Frau nicht bloß „einen Anspruch auf $\frac{7}{12}$ der duodecima pars mercedis, welche der Mann vom Pächter bekommt" (Petrażycki S. 43), sondern auf $\frac{7}{12}$ der zwei, drei oder vier duodecimae partes, welche der Mann vom Pächter bekommt. Hat der Mann fürsorglich schon am 1. Dezember (statt ex calendis Martiis) den Weinberg verpachtet, so schlägt diese Fürsorge zu seinem Nachtheil aus. Je länger die vom Manne in der Ehe verbrachte Pachtzeit ist (bei gleicher Ehedauer), einen um so kleineren Theil des Pachtzinses erhält er, da sich auf jede an den Mann vom Pächter zu entrichtende Monatsrate der Anspruch der Frau auf $\frac{7}{12}$ erstreckt!" Eben diesem Passus fügt der Verfasser die oben als doppelt falsch gerügte Mittheilung, daß ich selbst über die „unzuträglichen Resultate" das Geständniß abgelegt habe, hinzu, und dann folgen die Worte des Schlußtriumphes: „Indem sich die Aussicht auf diese Frucht der neuen Fruchtvertheilung eröffnet" ꝛc. Wie man so unvorsichtig in einer wissenschaftlichen Polemik seinen Gegner beschuldigen kann, ist mir unbegreiflich. Der ganze angeführte Passus Lotmar's und seine einzelnen Behauptungen sind ja nichts weiter, als ein arithmetischer Lapsus. Je mehr $\frac{7}{12}$ der Monatsraten der

Mann der Frau schuldet, desto mehr $\frac{5}{12}$ derselben Monatsraten lukrirt er. Im Allgemeinen kann (da von jedem Theile der merces $\frac{7}{12}$ der Frau und $\frac{5}{12}$ dem Manne zukommen) der Mann unmöglich etwas dadurch verlieren, daß er früher verpachtet. Wenn der Verfasser ruhiger und vorsichtiger geschrieben hätte, so würde er seine arithmetischen Deduktionen an konkreten Zahlbeispielen zu erproben nicht unterlassen haben, auch wenn er auf Grund allgemeiner mathematischer Erwägungen seinen Irrthum zu entdecken nicht im Stande wäre.

c) Endlich wäre für meine Erklärung der l. 7 § 1 eod., d. h. der Hauptstelle, folgender Einwand gefährlich (wenn ich ihn nicht im Voraus in meiner Abhandlung beseitigt hätte): Bei dem Thatbestande der genannten Stelle (zwei Fruchtperiodentheile in einem Dotaljahre) ergiebt es sich nach meiner Theorie, daß mehr als eine Ernte getheilt wird. Dies bezeichnet der Verfasser als ein „kindliches Versehen", „monströse Rechnung" und dgl. (passim, besonders aber S. 256, wo der Verfasser die oben als falsch gerügte Mittheilung macht, daß ich diese Annahme bald acceptire, bald zu verlassen suche). Dieser kindlichen und absurden Annahme haben bekanntlich viele hervorragende Vorkämpfer der Wissenschaft gehuldigt. Außer den Glossatoren waren ebenso naiv z. B. keine geringeren als Cuiacius, Puchta, Brinz, Dernburg und die meisten anderen Schriftsteller, welche sich mit der Frage befaßt haben (vgl. meine Fruchtvertheilung, Uebersicht der Literatur); nur daß einige geglaubt haben, daß im Falle der l. 7 § 1 aus besonderen Rücksichten nur die quarta portio mercedis zu vertheilen ist, während andere vielmehr konsequent die Theilung der ganzen auf das Dotaljahr fallenden merces gefordert haben (so schon der Glossator Johannes und Dernburg). Die größten Schwierigkeiten verursachte der Wissenschaft nicht sowohl die Wahrnehmung,

daß Papinian zu viel, als vielmehr, daß er zu wenig Früchte als Theilungsmasse betrachtet. Der genannten monströsen Annahme haben hervorragende Gelehrten gehuldigt, obwohl der wahre civilpolitische Grund noch unerkannt war, aus welchem die Berücksichtigung der zwei messes nicht nur nicht „unzuträglich" und „absurd", sondern geradezu unentbehrlich war (weil sonst die Fruchttheilung ihre civilpolitische Bestimmung nicht erfüllen könnte). Dies zeigt, welchen Eindruck die Quellen auf die unbefangenen Ausleger machten. Nun aber habe ich im zweiten Theil meiner Abhandlung die civilpolitische und geschichtliche Erklärung der Erscheinung zu liefern versucht. Darüber hat Dernburg noch vor der Veröffentlichung meiner Abhandlung in der dritten Auflage seiner Pandekten (III § 22 N. 6) unter Anderem bemerkt: „Daß hiernach der Ehemann immer noch sehr günstig behandelt würde, kann uns, wenn wir den Zweck der Theilung der Früchte, wie ihn Petražycki entwickelt, beachten, nicht mehr befremden." Wenn die Polemik von Lotmar ihren Zweck hätte erreichen sollen, müßte sie vor Allem mindestens einen Versuch enthalten, meine im zweiten Theil meiner Abhandlung enthaltene Theorie zu widerlegen. Wie kann man einen Rechtssatz als praktisch unzuträglich bezeichnen, bevor man sich klar gemacht hat, welchem praktischen Bedürfniß der Satz entsprechen soll.

VIII.

Doppelversicherung.

Von Victor Ehrenberg.

Die Doppelversicherung, d. h. die Versicherung eines und desselben Interesses bei mehreren Versicherern, ist schon häufig behandelt worden, und doch bietet sie eine Reihe von Problemen dar, welche eine nochmalige Untersuchung rechtfertigen. Neue Gestaltungen des Verkehrs haben es mit sich gebracht, daß auch die Gerichtshöfe sich in der letzten Zeit vielfach mit ihr zu beschäftigen hatten, aber die Resultate, zu denen sie in ihren Erkenntnissen gelangten, können wenig befriedigen. In meinem Handbuch des Versicherungsrechts [1]) habe ich, den Zwecken dieses Werkes entsprechend, die ganze Frage fast ausschließlich vom positivrechtlichen Standpunkte aus erörtert, hier will ich die legislativen Betrachtungen in den Vordergrund stellen.

I.

Bei dem Worte „Doppelversicherung" denkt wohl Jedermann zuerst an eine verbrecherische Absicht des Versicherungsnehmers, an eine Handlungsweise, welche unlauteren Gewinn erstrebt, kurz an eine böswillige mehrfache Versicherung. Aber mit Unrecht. Die gutgläubige Doppelversicherung

1) Siehe dort Band I das Register unter dem Stichwort „Doppelversicherung".

spielt eine viel größere Rolle als die böswillige, welche heutzutage dem Versicherten wenig Aussicht mehr eröffnet, seinen arglistigen Zweck zu erreichen. Während nämlich die Ueberversicherung auch jetzt noch beträchtliche Chancen bietet, unlauteren Gewinn zu machen, ist dies bei der Doppelversicherung auf direktem Wege nahezu ausgeschlossen. Die modernen Kommunikationsmittel, die große Publizität des Verkehrs, das Zeitungswesen, das Rückversicherungsgeschäft lassen es als fast aussichtslos erscheinen, den Empfang einer Schadensersatzleistung geheim zu halten und zum zweiten Mal Ersatz zu erlangen. Bei der Feuerversicherung ist dies durch die Mitwirkung der Obrigkeit beim Abschluß der Verträge und bei der Auszahlung der Ersatzsummen geradezu unmöglich gemacht.

Dagegen ist die gutgläubige Doppelversicherung in der neuesten Zeit gerade in Folge des Aufschwungs, den der Verkehr und das Versicherungswesen mit ihm genommen hat, zu einer immer größeren praktischen Bedeutung gelangt. Auch früher kam es vor, daß ein Versicherter sich über den Werth seines Interesses täuschte und bei einer zweiten Gesellschaft Versicherung nahm, während der Werth schon durch eine frühere Versicherung vollständig gedeckt war; auch war es nicht selten, daß der Kommissionär eine Waarensendung versicherte, welche der Eigenthümer bereits versichert hatte, oder daß dieser eine zweite Versicherung nahm, weil die erste unsicher geworden war. Aber erst die neueren Gestaltungen im Transportwesen (Sammelverkehr der Spediteure, Lagerhäuser) und das Institut der Generalversicherungen (auf Grund laufender oder Pauschal-Polizen) haben es zuwege gebracht, daß ein großer Theil kaufmännischer Warensendungen zeitweilig zwei- oder selbst mehrmals gegen dieselbe Gefahr versichert ist. Es kommt sehr häufig vor, daß eine und dieselbe Waarensendung unter mehrere laufende Polizen (die des Absenders und des Spedi-

teurs oder die des Absenders und einer Lagerhausverwaltung) fällt, ferner daß ein Waarenposten oder ein Schiff gegen See-(Transport-)Gefahr mit Einschluß der Feuersgefahr, zugleich aber für die Zeit des Aufenthalts in einem Hafen oder Lagerhaus durch Spediteur, Kommissionär, Quai- oder Lagerhausverwaltung noch einmal gegen Feuersgefahr versichert ist. Man kann auch den Fall hierher rechnen, wo neben dem vollen Eigenthümerinteresse noch ein sog. Konkurrenzinteresse, z. B. des Hypotheken- oder Bodmereigläubigers versichert wird; doch liegt dieser Fall insofern anders, als hier formell verschiedene, selbständig versicherbare Interessen vorhanden sind, die nur materiell zusammenfallen, indem beim Vorhandensein eines Konkurrenzinteresses das Eigenthümerinteresse eine entsprechende Schmälerung erleidet [2]).

II.

Bei einer großen Zahl dieser Fälle will die allerjüngste Rechtsprechung das Vorhandensein einer Doppelversicherung überhaupt nicht mehr anerkennen, und so ist denn neuestens sogar der Begriff der Doppelversicherung in Frage gestellt. Man hat behauptet [3]), die Doppelversicherung setze begrifflich voraus, daß auf einen und denselben Gegenstand von einem und demselben Versicherten mehrfache Versicherung genommen ist. Wenn noch gesagt würde: „für einen und denselben Versicherten", so ließe sich die Sache hören, weil dann doch nicht geradezu der Art. 794 des HGB. ignorirt würde. Aber richtig wäre diese Auffassung darum doch nicht, denn eine und dieselbe Person kann z. B. ihr Eigen-

2) Siehe das Register meines Handbuchs Bd. I unter dem Stichwort „Konkurrenzinteresse".

3) Hanseat. OLG. 5. III. 94 (Hanseat. Gerichtszeitung 1894 Nr. 33).

thümerinteresse und ihre Chômage [4]) an demselben Gegenstande versichern, ohne daß eine Doppelversicherung vorliegt. Es kommt eben nicht auf die Person des Versicherten, sondern auf das versicherte Interesse an: wollten doch endlich die Gerichtshöfe sich von der verkehrten Ansicht befreien, daß bei der Binnenversicherung im Gegensatz zur Seeversicherung nicht das Interesse, sondern die Sache selbst versichert sei, obwohl sie — natürlich — zugeben müssen, daß bei jeder Schadensversicherung die Ersatzsumme sich nach der Höhe des Interesses bestimmt! Daß nicht die Sache selbst, sondern das Interesse an der Sache versichert wird — dies ist keine neue und willkürliche Erfindung der Seerechtskommission gewesen, sondern nur die wissenschaftliche Formulirung einer für alle Schadensversicherungen zutreffenden richtigen Erkenntniß [5]). Trotzdem wird jetzt in den Gerichtshöfen mehr und mehr das Gegentheil behauptet, aber schon die bloße Thatsache, daß der Eigenthümer neben seinem Eigenthümerinteresse auch noch die Chômage versichern kann (was in Deutschland leider noch wenig üblich und in Preußen sogar verboten ist!), sprengt diese ganze Theorie in die Luft [6]).

Eine Doppelversicherung ist stets vorhanden, wenn ein und dasselbe Interesse (d. h. eine und dieselbe wirthschaftliche Beziehung einer Person zu einem Objekt [7])) bei mehreren Versicherungsgesellschaften versichert ist, oder, korrekt juristisch ausgedrückt: wenn dasselbe Interesse an denselben

---

4) d. h. den in Folge des Brandes eines Gebäudes — während des Neubaus — entgangenen Erwerb. Vergl. das Register meines Handbuchs Bd. I unter „Chômage“.

5) Mein Handbuch des Versicherungsrechts I S. 295.

6) Die richtige Ansicht vertritt auch Dreyer (Reichsgerichtsrath) im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht I (1891) S. 449; ich bedaure, daß diese Abhandlung früher von mir übersehen worden ist.

7) Mein Handbuch I S. 8 ff.

Gegenständen für dieselbe Zeitdauer gegen dieselben Gefahren bei mehreren Versicherern in der Weise versichert ist, daß die sämmtlichen Versicherungssummen den Versicherungswerth übersteigen [8]).

Damit ist auch gesagt, daß nur bei der Schadensversicherung, nicht bei der Summenversicherung von einer Doppelversicherung die Rede sein kann, weil nur bei jener, nicht bei dieser ein nachweisbares Interesse des Versicherten vorausgesetzt wird [9]).

Damit ist aber auch ferner gesagt, daß es gleichgültig ist, ob die eine oder die andere Versicherung oder ob beide Versicherungen für eigene oder für fremde Rechnung genommen sind. Auch bei der Binnenversicherung kann die Person des Versicherungsnehmers eine andere sein als die des Versicherten, dieser Gegensatz ist nicht der Seeversicherung eigenthümlich, sondern in dem Wesen der Schadensversicherung überhaupt begründet [10]). Allerdings ist der Ausdruck „Versicherung für fremde Rechnung" kein glücklicher, weil der Versicherungsnehmer auch bei der Versicherung eines fremden Interesses die Prämie möglicherweise aus seiner Tasche bezahlt, also die Versicherung insoweit „auf eigene Rechnung" nimmt, z. B. der Kürschner, der alle bei ihm lagernden Waaren, auch das ihm während der Sommerzeit zur Aufbewahrung übergebene Pelzwerk, versichert, ohne den Deponenten dafür eine besondere Versicherungsgebühr zu berechnen.

Dasselbe gilt nun aber auch von demjenigen Fall, der die Gerichtshöfe in letzter Zeit vielfach beschäftigt hat. Wenn nämlich eine Lagerhausverwaltung die bei ihr

8) Mein Handbuch I S. 359. Der Art. 792 HGB. gebraucht den Ausdruck „Doppelversicherung" in einem noch engeren Sinne.

9) Mein Handbuch I S. 57 ff., 296.

10) Jahrbücher für die Dogmatik Bd. XXX S. 437 ff.

einlagernden Güter gegen Feuer versichert, so könnte sie ja ihr (verhältnißmäßig geringfügiges) Pfandinteresse an diesen Gütern (wegen der darauf ruhenden Lagergebühr) versichern, und wenn sie den Eigenthümern für casus bezw. vis major haftete, so könnte sie auch dieses ihr eignes Haftpflichtinteresse an den Gütern versichern. In Wahrheit aber übernimmt sie nur eine Versicherungspflicht, d. h. sie ist meist — vertragsmäßig oder gesetzlich — verpflichtet, die bei ihr einlagernden Güter gegen Feuersgefahr bei einer zuverlässigen Assekuranzgesellschaft zu versichern, und sie thut dies auf Grund einer laufenden oder einer Pauschalpolize [11]).

Hier ist die Lagerhausverwaltung nur Versicherungsnehmer, nicht Versicherter. Allerdings kann der Versicherer sich unmöglich mit den zahlreichen, ihm unbekannten Eigenthümern direkt einlassen, und in seinem Interesse, also im Interesse der Praktikabilität des Versicherungsbetriebes wird vereinbart, daß der Versicherungsnehmer zur Verfügung über die sämmtlichen Versicherungsverhältnisse und zur Geltendmachung der Versicherungsansprüche allein befugt sein soll (wie dies auch bei der Seeversicherung für fremde Rechnung die Regel ist), aber wenn z. B. das Lagerhaus in Konkurs geriethe, so würde sich sofort zeigen, wer die wahren Versicherten sind: die Ersatzsumme würde (nach Abzug der dem Lagerhaus gebührenden Spesen) gänzlich dem einzelnen Versicherten gehören, nicht in die Konkursmasse zur Befriedigung der sonstigen Gläubiger des Lagerhauses fallen.

Hat nun neben der Lagerhausverwaltung auch noch der Eigenthümer oder der Kommissionär oder Spediteur die Güter ebenfalls gegen Feuer (z. B. gegen Transportgefahr mit Ein-

---

11) Hierüber mein Handbuch I S. 56 Note 8, 198 Note 26, 202 und überhaupt das Register unter dem Stichwort „Lagerhaus".

schluß der Feuersgefahr in Bahnhöfen und Lagerhäusern) versichert, so liegt zweifellos eine echte Doppelversicherung vor.

III.

Ihre Probleme stellt die Doppelversicherung ebensowohl an das Versicherungs*wesen* wie an das Versicherungs*recht*, sie sind theils *wirthschaftlicher*, theils *juristischer* Natur.

Wirthschaftlich ist die Doppelversicherung dadurch nachtheilig, daß sie stets zu einer *Prämienvergeudung* führt, daß sie den Versicherungsgesellschaften einen unmotivirten Vortheil zuwendet, dem Versicherten zu einer zwecklosen Ausgabe Veranlassung giebt. Es ist dasselbe, wie wenn Jemand für eine gekaufte Sache zweimal den Preis bezahlte. Wird eine zweite Versicherung — ausnahmsweise — deshalb eingegangen, weil der erste Versicherer unsicher (kreditunwürdig) geworden ist, so hat eben der erste Versicherer unverdientermaßen die Prämie lukrirt.

Es ist die Aufgabe des Versicherungswesens, eine derartige Prämienverschwendung nach Möglichkeit unnöthig zu machen. Die Technik des Versicherungswesens kann und muß so gestaltet werden, daß eine zwecklose Doppelversicherung da, wo sie vermieden werden kann, auch wirklich vermieden wird. Dies gilt ganz besonders von denjenigen Fällen, wo *verschiedene* Personen in die Lage kommen, ein und dasselbe Interesse zu versichern. So auch bei der Versicherung von Konkurrenzinteressen neben der Versicherung des vollen Eigenthumsinteresses [12]), worüber ich mich an andrer Stelle näher ausgesprochen habe [13]).

---

12) Oben Note 2.

13) Vergl. mein Handbuch I S. 379 f. und unten S. 478 f.

Aber gänzlich kann die bloße Technik des Versicherungswesens die Doppelversicherung nicht fernhalten, und niemals ist sie allein im Stande, die wirklich vorkommenden Doppelversicherungen unschädlich zu machen. Dies ist vielmehr die Aufgabe des Versicherungs*rechts*, und folgende juristische Probleme sind es, die hier der Gesetzgebung erwachsen.

Es muß einerseits dem loyalen Versicherten die rasche und vollständige Realisirung seines Anspruchs gewährleistet werden, insbesondere darf er nicht genöthigt werden, sich an einen anderen Versicherer wegen der Ersatzleistung zu wenden als an den, mit dem er selber kontrahirt hat. Er muß ferner befugt sein, von demjenigen Versicherer, der gar kein Risiko gelaufen ist, die Prämie bis auf eine geringe Quote (Risikogebühr) zurückzufordern.

Andererseits darf die Doppelversicherung unter keinen Umständen zu einem Gewinn führen, auch nicht indirekt. Der Versicherte darf nicht in der Lage sein, mit dem einen Versicherer zu paktiren, ihm (gegen Entgeld) die Ersatzleistung zu erlassen und dem andern die ganze Ersatzleistung aufzubürden.

Unser positives Recht genügt diesen Anforderungen zum Theil überhaupt nicht; aber auch soweit es ihnen bei richtiger Anwendung genügen könnte, hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts seine Wirkung theilweise wieder illusorisch gemacht. Doch werde ich nur beiläufig hierauf eingehen; die nachfolgenden Ausführungen sollen in der Hauptsache darauf gerichtet sein, die zweckmäßigste legislative Gestaltung des Rechts der Doppelversicherung nachzuweisen.

IV.

Zunächst wäre *böswillige* und *gutgläubige* Doppelversicherung zu unterscheiden. Unser positives Recht unterscheidet sie nicht. Bei böswilliger Doppelversicherung (und

ebenso bei böswilliger Ueberversicherung) sollte überhaupt jeder Ersatzanspruch ausgeschlossen sein.

Wer mehrfach Versicherung nimmt, um sich dadurch einen widerrechtlichen Vortheil zu verschaffen, weil er Ursache hat, auf den Untergang der versicherten Gegenstände zu rechnen oder gar diesen Untergang selber herbeiführen will, der verdient wahrhaftig keine Rücksicht, selbst wenn ihm nachher eine absichtliche Herbeiführung des Schadens nicht nachgewiesen werden kann. Es genügt, daß die unlautere Absicht erkennbar war, um ihn mit dem Verlust aller Ansprüche zu bestrafen.

Ganz anders bei der gutgläubigen Doppelversicherung, mag die spätere Versicherung in Unkenntniß einer schon bestehenden früheren Versicherung oder aus Irrthum über den Werth des versicherten Objekts oder auch deshalb eingegangen sein, weil die unvollkommene Technik des Versicherungswesens dazu führte. Hier muß jedenfalls dem Versicherten sein Ersatzanspruch unter allen Umständen erhalten bleiben, und die Wirkungen dieser Doppelversicherungen allein sind es, welche uns in der Folge zu beschäftigen haben. Sie erstrecken sich nicht nur auf das Verhältniß des mehrfach Versicherten zu seinen Assekuradeuren, sondern können auch zu einem Interessenkonflikt dieser Assekuradeure unter einander führen: beides aber steht wieder in einer engeren Wechselwirkung, als man auf den ersten Blick glauben möchte.

V.

Der zweite Grundsatz hat zu lauten: **Bei jeder Schadensversicherung ist ein mehrfacher Ersatz ausgeschlossen;** sobald der Versicherte vollen Schadensersatz erhalten hat, sind seine Ansprüche gegen sämmtliche Versicherer erloschen. Dieser Grundsatz, allgemein anerkannt wie er ist, wird damit motivirt, daß die Versicherung niemals zu Gewinn

führen darf; unbedingt nothwendig ist er zwar nur da, wo die Gefahr der absichtlichen Herbeiführung des Schadens vorhanden ist, aber er wird zweckmäßigerweise auch auf diejenigen Arten der Schadensversicherung ausgedehnt, bei denen diese Gefahr fehlt, z. B. auf die Hagelversicherung, weil das Institut der Versicherung überhaupt nicht zu Gewinnzwecken ausgenutzt werden soll, eine solche Ausnutzung erscheint dem Gesetzgeber auch da als Mißbrauch, wo sie ungefährlich ist. Anders bei der reinen Summenversicherung, insbesondere der Versicherung auf den eigenen Tod: hier wird wie auf den Nachweis eines Interesses, so auch auf den Nachweis eines Schadens verzichtet und daher die Doppelversicherung gestattet.

Ist also über den an die Spitze gestellten Grundsatz alle Welt sich einig, so herrscht dagegen über seine zweckmäßigste juristische Durchführung eine weitgehende Meinungsverschiedenheit.

Zwei Möglichkeiten sind an sich gegeben: Entweder nämlich bestimmt ein Rechtssatz, welcher der mehreren Versicherer resp. ob alle Versicherer ersatzpflichtig sein sollen oder dies wird der Willkür des Versicherten überlassen.

Im ersten Falle ist der Rechtssatz entweder ein zwingender (jus absolutum) oder er tritt nur dann ein, wenn die Parteien keine abweichenden Bestimmungen vereinbart haben, d. h. wenn die Versicherungsbedingungen nichts anderes festsetzen (jus dispositivum). Letzteres ist jedoch nicht zu billigen, denn wenn die mehreren Versicherungsbedingungen von einander abweichen, also ein verschiedenes Prinzip für die Behandlung der Doppelversicherungen aufstellen, so kann es geschehen, daß der Versicherte sich zwischen zwei Stühle gesetzt findet, indem er trotz, ja gerade wegen der mehrfachen Versicherung ganz oder theilweise

ungedeckt bleibt. Würde z. B. die zweite Police die Bestimmung enthalten, daß im Fall einer Doppelversicherung jede spätere Versicherung ungültig sein soll, während die erste Police eine ratenweise Haftung sämmtlicher Versicherer (Einrede der Theilung für jeden Einzelnen) vorschreibt, so würde der Versicherte nur den ersten Versicherer und diesen nur auf eine Quote (regelmäßig die Hälfte) des Schadens in Anspruch nehmen können, während der zweite Versicherer in der Lage ist, auf Grund seiner Bedingungen jede Ersatzpflicht abzulehnen: die Bedingungen der einen Police sind ja für die andere völlig unpräjudizirlich. Man kann also nicht argumentiren: „Die zweite Versicherung ist für den Versicherer unverbindlich, also haftet der erste Versicherer auf das Ganze", und ebensowenig: „Die erste Versicherung ist wegen der zweiten nur zur Hälfte verbindlich, also ist die zweite insoweit keine Doppelversicherung und der zweite Versicherer haftet auf die Hälfte"; sondern man muß argumentiren: „Es sind zwei Versicherungen abgeschlossen, der erste Versicherer haftet daher kraft seiner Bedingungen nur zur Hälfte und der zweite kraft der seinigen überhaupt nicht."

Hiernach bleibt nur übrig, entweder durch zwingenden Rechtssatz zu bestimmen, welcher Versicherer haften soll, oder dies der Willkür des Versicherten zu überlassen.

Entscheidet man sich für die zweite Art der Gestaltung, so ergiebt sich die Gefahr einer dolosen Kollusion zwischen dem Versicherten und dem einen oder anderen Versicherer auf Kosten der übrigen. Ein schlauer Versicherter nämlich wird nach Eintritt des Unfalls sich von dem einen Versicherer gegen das Versprechen, ihn nicht auf Ersatz zu belangen, ein Abstandsgeld zusichern lassen und sich dann ausschließlich an den oder die anderen Versicherer halten. Letztere würden freilich bis zur

Höhe des Abstandsgeldes eine exceptio doli gegen den Versicherten haben, aber natürlich erfahren sie nichts von der geheimen Abmachung, und so gelangt der Versicherte dahin, einen Gewinn aus dem Versicherungsvertrag zu erzielen[14]).

Ueberläßt man es daher der Willkür des Versicherten, die Auswahl unter den mehreren Versicherern zu treffen, so muß der gewählte (in Anspruch genommene) Versicherer jedenfalls in der Lage sein, die Ersatzsumme verhältnißmäßig über sämmtliche Versicherer zu vertheilen, sei es direkt durch Vorschützung der Einrede der Theilung oder auf dem Wege nachträglichen Regresses — eine Befugniß, die selbstverständlich wieder durch zwingenden, weil gegen Dritte wirksamen Rechtssatz festzulegen ist.

Daraus ergiebt sich, daß die vom Reichsgericht beliebte Entscheidung, welche dem Versicherten die Auswahl unter den Versicherern überläßt, dem ersatzleistenden Versicherer aber jeden Regreß versagt, in keiner Weise zu billigen ist[15]).

Und damit gewinnen wir weiter das allgemeine Resultat: Die Folgen auch einer gutgläubigen Doppelversicherung müssen entweder überhaupt oder wenigstens insoweit durch die Rechtsordnung mit

---

14) Mein Handbuch I S. 371 f.

15) Daß sie auch positivrechtlich nicht zu billigen ist, glaube ich in meinem Handbuche I S. 373 ff. nachgewiesen zu haben. Aber da es sich um eine Entscheidung der vereinigten Civilsenate handelt (17. XII. 81, VI S. 177) wird in der Praxis schwer gegen sie anzukämpfen sein. — Ich verstehe nicht, inwiefern meine Bedenken gegen die Entscheidung des Reichsgerichts nur theoretische sein sollen (Martin im Juristischen Litteraturblatt VI S. 143) und inwiefern die letzten Erkenntnisse des Hanseat. OLG. dies beweisen. Natürlich werden die Fälle doloser Kollusion niemals bekannt; wenn sich aber die Versicherer mehr und mehr durch die Prorata-Klausel schützen, so beweist dies eben, für wie verderblich sie den vom Reichsgericht aufgestellten Grundsatz halten.

zwingender Wirkung für alle Betheiligten festgesetzt werden, daß derjenige Versicherer, welcher Ersatz geleistet hat, in der Lage ist, die übrigen Versicherer zur verhältnißmäßigen Tragung des Schadens heranzuziehen. In welcher Weise aber hat diese gesetzgeberische Festsetzung zu erfolgen?

VI.

Ohne Weiteres haben wir einen Vorbehalt zu machen: Es ist unzweckmäßig, wenn der Gesetzgeber die Folgen der Doppelversicherung in verschiedener Weise für die einzelnen Arten der Schadensversicherung und insbesondere für die See- und für die Binnenversicherung festsetzt, weil dann ähnliche Kollisionen und Benachtheiligungen der Versicherten eintreten können, wie sie oben Seite 470 beim Zusammentreffen verschiedenartiger Versicherungsbedingungen als möglich nachgewiesen wurden. Sind z. B. Waaren gegen Feuersgefahr, später aber noch einmal gegen Seegefahr mit Einschluß der Feuersgefahr versichert und bestimmt das Recht für die Feuerversicherung (im Gegensatz zum Seeversicherungsrecht), daß der Versicherer bei Vorhandensein einer Doppelversicherung pro rata haften solle, so wird der Versicherte nur die Hälfte seines Schadens ersetzt erhalten, weil der Seeversicherer nach seinem Recht wegen Doppelversicherung überhaupt nicht für die Feuersgefahr haftet, denn er steht nicht etwa, soweit die Versicherung für die Feuersgefahr valedirt, unter dem Recht der Feuerversicherung. Nur wenn — zufällig — umgekehrt die Seeversicherung früher als die Feuerversicherung abgeschlossen wurde, fallen diese Bedenken fort.

Es ist aber auch gar kein Grund vorhanden, warum für die Seeversicherung andere Rechtssätze aufgestellt werden sollten

als für die übrigen Arten der Schadensversicherung, da die ratio legis in allen Fällen die gleiche ist[16]).

VII.

Für die legislative Gestaltung des Rechts der Doppelversicherung im Sinne der bisher gewonnenen Resultate bieten sich nun aber verschiedene Möglichkeiten.

1) Der Gesetzgeber kann jede spätere Versicherung, die sich als Doppelversicherung darstellt, für unwirksam erklären. Begründet wird dieses System damit, daß beim Abschluß der späteren Versicherung der Versicherte gar kein versicherbares Interesse mehr hatte, weil dieses schon durch die frühere Versicherung vollständig gedeckt war, aber augenscheinlich ist diese Begründung eine sehr schwache; denn alsdann müßte überhaupt jede Versicherung für ungültig erklärt werden, bei welcher dem Versicherten bereits ein Ersatzanspruch, z. B. aus gesetzlicher Haftpflicht oder aus einer Bürgschaft zusteht.

In der That ist auch das Handelsgesetzbuch, welches dieses System adoptirt hat, nicht nur zu einer Reihe von Ausnahmen genöthigt, welche theilweise der angegebenen Begründung direkt widersprechen[17]), sondern das ganze System ist auch dann völlig unanwendbar, wenn die mehreren Versicherungen gleichzeitig eingegangen sind oder als gleichzeitig eingegangen gelten müssen, weil sie von demselben Tage datirt sind: für diesen

---

16) Mein Handbuch S. 378.

17) So die Ausnahme des Art. 794. Dagegen die Ausnahmen des Art. 793 Nr. 1—3 sind durch den Umstand hervorgerufen, daß der Rechtssatz von der Ungültigkeit der späteren Versicherung (Art. 792) ein zwingender ist; die genannten Ausnahmen haben daher den Zweck, dem Versicherten eine größere Bewegungsfreiheit gegenüber diesem absoluten Rechtssatz zu ermöglichen.

Fall muß dann doch eins der an zweiter oder dritter Stelle zu nennenden Systeme Anwendung finden (Art. 791).

Dazu kommt aber seit dem Aufkommen der sog. laufenden Versicherung ein weiteres Bedenken, hervorgerufen durch die Schwierigkeit, bei den unter eine solche Versicherung fallenden Risiken den Zeitpunkt für den Beginn des Versicherungsverhältnisses überhaupt zu bestimmen: er entzieht sich oft einer solchen nachträglichen Bestimmung gänzlich.

Ich habe mich in meinem Handbuch des Versicherungsrechts (I S. 372 ff.) sowie schon früher bei Gelegenheit von Rechtsgutachten, die von mir erbeten wurden, energisch dafür ausgesprochen, daß positivrechtlich dieses vom Handelsgesetzbuch angenommene System auch für die Binnenversicherung, insbesondere für die Feuerversicherung Geltung beanspruche; auch hat es ja in der That fast in allen neuen Gesetzbüchern Eingang gefunden und dem vom Reichsgericht adoptirten System (S. 471) ist es unter allen Umständen vorzuziehen. Aber de lege ferenda möchte ich es wegen der erwähnten Bedenken nicht zur Annahme empfehlen; nicht nur durch größere Einfachheit wird es von den beiden gleich zu nennenden anderen, sondern auch durch Zweckmäßigkeit jedenfalls von dem an dritter Stelle zu nennenden übertroffen.

2) Das Verdienst größerer Einfachheit kann zunächst ein zweites System in Anspruch nehmen, wonach der Versicherte beliebig den einen oder anderen Versicherer auf die ganze Ersatzsumme in Anspruch nehmen kann, der Versicherer aber, welcher Ersatz geleistet hat, einen verhältnißmäßigen Regreß gegen die übrigen Versicherer erhält: das Verhältniß, in welchem sämmtliche Versicherer beizusteuern haben, wird nach der Höhe der einzelnen Versicherungssummen bestimmt.

Bei diesem System, welches in dem Englisch-Amerikanischen Recht angenommen und von Bähr neuerlich in Vorschlag gebracht ist, wird das Interesse des Versicherten auf die vollkommenste Weise gewahrt, er steht völlig unbeschränkt da und kann sich den solventesten oder kulantesten Versicherer herausgreifen; aber dafür kommt das Interesse der Versicherer nicht zu seinem vollen Rechte. Der auf den ganzen Ersatz in Anspruch genommene Versicherer hat kein Mittel, um den Versicherten zum Eingeständniß des Vorhandenseins von Doppelversicherungen und der Höhe ihres Betrages, nöthigenfalls auf dem Wege der Eideszuschiebung zu zwingen. Er ist also genöthigt, sich auf anderweitige Erkundigungen über jene Thatsachen zu verlassen, die Vorschützung der Theilungseinrede (exc. divisionis) gegenüber dem Versicherten ist ihm ja versagt. Dieser Uebelstand veranlaßt die amerikanischen Versicherer, die sog. Prorata-Klausel in die Polize aufzunehmen und sich dadurch die Einrede der Theilung zu sichern, und auch die deutschen Gesellschaften machen es mehr und mehr ebenso, um sich gegen die noch viel gefährlichere Theorie des Reichsgerichts zu schützen (oben Note 15). Will der Gesetzgeber eine solche Vereinbarung und damit die Annahme des gleich zu nennenden dritten Systems unmöglich machen, so muß er die solidarische Haftung sämmtlicher Versicherer durch einen zwingenden Rechtssatz der Abänderung durch Parteisatzung entziehen: sonst wird das von ihm angenommene System in der Versicherungspraxis gänzlich beseitigt. Hierzu wird er sich aber mit Recht nicht entschließen wollen.

3) Danach dürfte es sich empfehlen, dasjenige System zu adoptiren, welches jeden der mehreren Versicherer von vornherein nur für eine verhältnißmäßige Quote der Versicherungssumme haftbar macht, ihm also die Einrede der Theilung gegenüber dem

Versicherten gewährt. Die Ersatzleistung eines jeden Versicherers wird im Verhältniß seiner Versicherungssumme zum Gesammtbetrage aller Versicherungssummen reduzirt, bis alle Ersatzsummen zusammen gerade den Schaden decken. Es ist dasselbe System, welches schon vom Handelsgesetzbuche (Art. 791) für den Fall adoptirt ist, daß die mehreren Versicherungsverträge gleichzeitig abgeschlossen sind, und welches, wie oben erwähnt, in Folge der Prorata-Klausel auch sonst bereits eine sehr ausgedehnte Anwendung findet.

Natürlich gilt dies Vertheilungsprinzip nur mit Rücksicht auf diejenigen Versicherer, welche bei Eintritt des Schadens noch unbedingt ersatzpflichtig sind; denn anders als unter der Herrschaft des ersten Systems ist der Versicherte hier ganz frei befugt, vor Eintritt des Schadens (aber auch nur so lange!) einen früheren Versicherer zu entlassen[18]). Ebenso kann er einem späteren Versicherer eine lediglich bedingte Ersatzpflicht — z. B. für den Fall der Nichthaftung oder Nichtleistung des früheren Versicherers — auferlegen[19]).

Kann jedoch der Versicherte von dem einen oder anderen der mehreren Versicherer den entsprechenden Theil der Ersatzleistung nicht erlangen, weil derselbe unsicher geworden, z. B. in Konkurs gerathen ist, so müssen die übrigen Versicherer entsprechend höher haften und haben alsdann nur ein Regreßrecht gegen Jenen. Man kann dies auch als ein Recht auf Abtretung der verhältnißmäßigen Ersatzforderung des Versicherten gegen den unsicheren Versicherer betrachten.

So glaube ich, daß dieses dritte System am besten den

---

18) Nach dem System des HGB. ist dies nur ausnahmsweise und nur unter ganz besonderen Voraussetzungen zuläßig (Art. 793 Nr. 3).

19) So als Ausnahme auch nach dem HGB. Art. 793 Nr. 2; die Ausnahme in Nr. 1 des Art. 793 kommt bei dem von mir vorgeschlagenen System überhaupt nicht in Frage.

Interessen aller Betheiligten gerecht wird; es gewährt dem Versicherten prompte Befriedigung seiner Ansprüche, macht jede dolose Kollusion zwischen ihm und einem einzelnen Versicherer unmöglich und vertheilt die Schadensersatzpflicht in klarer, einfacher und sicherer Weise über sämmtliche Assekuradeure.

Allerdings muß der Versicherte die Ersatzsumme in der Regel von mehreren Versicherern einfordern, während er sich bei dem zweiten System an einen einzigen halten kann. Aber dies hat nichts Drückendes für ihn, da er es selber gewollt, die mehreren Versicherer sich selber ausgewählt oder ihre Auswahl selber angeordnet hat. Lediglich, wenn ohne sein Wissen daneben noch eine Versicherung eingegangen ist (also als unbeauftragte Versicherung für fremde Rechnung), wäre es in der That unbillig, wenn ihm neben dem selbstgewählten Versicherer für eine Quote des Ersatzanspruchs noch ein anderer aufgedrängt werden könnte. Und dies führt uns zu einem letzten Grundsatz, der den Schlußstein des ganzen Systems bildet.

VIII.

Das moderne Verkehrsleben hat nämlich zahlreiche Fälle der Doppelversicherung gezeitigt, für welche ich den neuen Begriff der Nothversicherung oder Ergänzungsversicherung in das Versicherungsrecht einführen möchte[20]).

Wenn Jemand, z. B. der Kommissionär oder Spediteur, auf fremde Güter Versicherung nimmt oder sie mit unter seine laufende Polize stellt, so thut er dies in der Voraussetzung, daß die Güter nicht schon anderweitig (durch den Eigenthümer, Absender, Empfänger) versichert sind, er thut es, damit sie nur überhaupt nicht unversichert bleiben. Das gilt also für

20) Bereits angedeutet in meinem Handbuch S. 382.

alle Fälle, wo Jemand ohne Auftrag „für fremde Rechnung" Versicherung nimmt[21]).

Wenn ferner z. B. eine Lagerhaus- oder Quaiverwaltung die bei ihr einlagernden Güter gegen Feuersgefahr versichert, so thut sie dies nur in der Voraussetzung, daß die Güter für die Zeit ihres Aufenthaltes in dem Lagerhaus oder Quaischuppen nicht schon anderweitig gegen Feuersgefahr versichert sind, auch nicht durch eine die Feuersgefahr mit umfassende Transport-(See-)Versicherung, mag sie selbst Auftrag (z. B. vom Spediteur) oder gar eine gesetzliche Verpflichtung haben, die Güter zu versichern. Dasselbe findet aber überhaupt da statt, wo die Versicherung nur gegen eine oder einige Arten von Gefahren genommen wird, während die Möglichkeit oder selbst Wahrscheinlichkeit vorliegt, daß eine andere Polize eine größere Anzahl von Gefahren mit Einschluß jener speziellen Gefahren deckt[22]).

Endlich gilt etwas Aehnliches bei der Versicherung von sog. Konkurrenzinteressen. Wenn nämlich — was selten geschieht — ein Hypothekengläubiger sein Interesse an einem Gebäude gegen Feuersgefahr, oder — was häufig geschieht — ein Bodmereigläubiger sein Interesse am Schiff gegen Seegefahr versichert, während der Eigenthümer des Gebäudes, des Schiffes schon den ganzen Werth der Sache unter Versicherung gebracht hat, so kann der Gedanke bei der Versicherung jener Konkurrenzinteressen doch wiederum nur der sein,

21) Diese Fälle hat auch schon das HGB. Art. 794 berücksichtigt und besonderen Rechtsnormen unterstellt.

22) Eine derartige Versicherung gegen einzelne Gefahren als Spezialversicherung zu bezeichnen, ist unzweckmäßig, da dieser Ausdruck besser den Gegensatz zur Kollektiv- und zur Generalversicherung kennzeichnet. (Mein Handbuch I S. 287, 406.) Wir wollen sie in der Folge „Einzelgefahrversicherung" nennen.

für diese Interessen auf alle Fälle gedeckt zu sein, nämlich auch unter der Voraussetzung, daß das Eigenthümerinteresse nicht oder nicht wirksam oder nicht vollständig versichert sein sollte.

Die rationelle Verwirklichung dieses Gedankens nun ist es, was ich als *Noth-(Ergänzungs-)*Versicherung bezeichne: es hat eine Versicherung nur für den Nothfall, nur gewissermaßen als Lückenbüßer stattgefunden.

Derartige Doppelversicherungen könnten durch die Technik des Versicherungswesens meines Erachtens mit Leichtigkeit überflüssig gemacht werden, und bezüglich der Konkurrenzinteressen ist man auch schon auf dem besten Wege hierzu[23]. Für alle Fälle aber hat die Gesetzgebung und haben die Versicherungsbedingungen die Aufgabe, ihrer Natur als bloßen Nothversicherungen gerecht zu werden. Dies wird zweckmäßig in *der* Weise geschehen, daß der Versicherer aus einer derartigen Versicherung nur dann ersatzpflichtig ist, wenn nicht eine andere wirksame Versicherung für die betreffenden Objekte und Gefahren daneben besteht[24]. Durch den Nachweis des Vorhandenseins einer solchen anderweitigen Versicherung würde dann einerseits *der Versicherer von jeder Ersatzpflicht frei*, andererseits *der Versicherte befugt, die Nothversicherung zu ristorniren*. Der Versicherte ist also in der Lage, sich die zwecklose Zahlung einer doppelten Prämie (bis auf die geringe Ristornogebühr) fernzuhalten[25], und das

---

23) Mein Handbuch I S. 812 ff.

24) *Positivrechtlich* wird man gegenwärtig jedoch nur in der Lage sein, den Art. 794 HGB. analog auf diese Fälle anzuwenden, und dann wird z. B. bei der Versicherung eines Konkurrenzinteresses *diese* Versicherung, weil in eigenem Namen des Interessenten genommen, aufrecht zu erhalten sein. Vergl. mein Haudbuch S. 380.

25) Mehrfach ist der Gedanke hervorgetreten, die „Einzelgefahrversicherung", also insbesondere die Feuerversicherung als sog. „Spezialver-

Interesse beider Parteien wird dadurch aufs vollkommenste gewahrt.

Allerdings würde nach meinem Vorschlag eine Lagerhaus- oder Quaiverwaltung nicht auf sog. Pauschalpolize Versicherung nehmen dürfen, aber das wäre nur ein weiterer Vortheil, denn diese Pauschalversicherungen sind zwar sehr bequem, aber auch im höchsten Grade irrationell[26]), und sie werden mit Recht schon jetzt mehr und mehr durch die sog. laufenden Polizen verdrängt.

IX.

Resultate.

Machen wir schließlich den Versuch, die Ergebnisse unserer Untersuchung in einen Gesetzesvorschlag zusammenzufassen, so ergiebt sich folgendes:

§ 1.

Eine Doppelversicherung ist vorhanden, wenn dasselbe Interesse an denselben Gegenständen für dieselbe Zeitdauer gegen dieselben Gefahren bei mehreren Versicherern in der Weise versichert ist, daß die sämmtlichen Versicherungssummen den Versicherungswerth übersteigen.

§ 2.

Ist eine Doppelversicherung in der Absicht abgeschlossen,

sicherung" (vergl. oben S. 478 Note 22) jeder Gesammtgefahrversicherung (Transport-, Seeversicherung) vorgehen zu lassen, so daß hier letztere in Bezug auf die Feuersgefahr gewissermaßen als bloße Nothversicherung erschiene. Dies ist aber verkehrt, weil die Transport- oder Seeversicherung sich mit Rücksicht auf eine einzelne Gefahr nicht ristorniren läßt und also die doppelte Bezahlung der Prämie für die Feuerversicherung dann nicht vermieden werden könnte.

26) Mein Handbuch I S. 407 und meine Schrift „Die Rückversicherung" S. 20 ff.

um einen Vermögensvortheil zu erzielen, so hat der Versicherte keinen Anspruch auf Ersatz, während die Prämie für sämmtliche Versicherungen zu entrichten ist.

Dasselbe gilt, wenn der Auftrag zum Abschluß einer Doppelversicherung in gleicher Absicht ertheilt ist.

§ 3.

Hat einer der mehreren Versicherer den Schaden gänzlich ersetzt, so ist jeder Anspruch des Versicherten erloschen. Der Versicherer aber erhält einen Anspruch auf Ausgleichung (Regreßanspruch) gegen die übrigen Versicherer, und zwar hat jeder soviele Prozente der Ersatzsumme beizusteuern, als seine Versicherungssumme Prozente des Betrages sämmtlicher Versicherungssummen ausmacht.

§ 4.

Im Falle einer Doppelversicherung ist der auf Schadensersatz in Anspruch genommene Versicherer befugt, den Versicherten nach Maßgabe des im § 3 Gesagten direkt an die übrigen Versicherer zu verweisen (Einrede der Theilung).

Unstatthaft ist eine solche Verweisung an denjenigen Versicherer, welcher zur Zeit der Fälligkeit der Ersatzforderung in Konkurs gerathen ist oder seine Zahlungen eingestellt hat oder in dessen Vermögen eine fruchtlose Exekution stattgefunden hat (Unsicherheit des Versicherers).

Die Versicherer, welche Ersatz geleistet haben, erhalten gegen den unsicheren Versicherer einen Regreßanspruch (§ 3).

§ 5.

Bis zum Eintritt eines Schadens ist der Versicherte befugt, eine der mehreren Versicherungen aufzuheben oder abzuändern; eine Aufhebung oder Abänderung, welche nach Eintritt eines Schadens geschieht, wirkt nicht zu Ungunsten der übrigen Versicherer (§ 3 und § 4 Abs. 1 und 3).

§ 6.

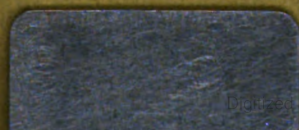
Jede als Nothversicherung (Ergänzungsversicherung) bezeichnete Versicherung ist unverbindlich für den Versicherer, wenn sich herausstellt, daß sie eine Doppelversicherung ist. Jede ohne Auftrag für fremde Rechnung genommene Versicherung ist, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, eine Nothversicherung.

Die Nothversicherung kann vom Versicherten jederzeit ristornirt werden.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 1872


Princeton University Library
32101 065981852


Princeton University Library
32101 065981852








Princeton University Library
32101 065981852

